

**UNIVERSIDADE DE LISBOA/
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
LIMITE CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE TRABALHO E
PROFISSÃO**

ROBERTO MATIAS DA SILVA MELO

**MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

LISBOA

2017

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE
CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE TRABALHO E PROFISSÃO**

ROBERTO MATIAS DA SILVA MELO

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação de mestrado apresentada
ao Gabinete de Estudos Pós-
Graduados da Faculdade de Direito
de Lisboa, como requisito Parcial para
a obtenção do título de Mestre em
Direito.

Área de concentração: Direitos
Fundamentais

Orientadora : Professora Doutora Ana
Neves.

LISBOA

2017

O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE TRABALHO E PROFISSÃO

ROBERTO MATIAS DA SILVA MELO

Esta Dissertação foi Julgada adequada para a obtenção de título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo orientador e pela banca examinadora.

Orientadora:

Prof^a Dra. Ana Neves

Banca Examinadora:

Prof. Dr . _____

Prof. Dr . _____

Prof. Dr . _____

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:

Prof Dr . _____

LISBOA

2017

DEDICATÓRIA

Dedico à minha Família meu núcleo central (meus pais e meus irmãos), que sempre me apoiaram e me deram forças para seguir em frente, mesmo quando resolvi largar tudo para viver em um País diferente, em busca de realizar um sonho.

Dedico ainda, aos amigos que fiz durante o ano escolar do mestrado, amigos que viraram minha Família nas terras além do mar, que dividiram comigo os mais belos dias de sol e também os mais frios dias de inverno. (Friends), também aos amigos que por aqui ficaram me ajudando a trabalhar mesmo com tanta ausência, sobretudo agora na reta final do trabalho.

Por fim, dedico, a Professora Ana Neves, que com paciência, sabedoria e muita dedicação me ajudou concluir o trabalho com uma excelente orientação.

RESUMO

Qual seria o limite do princípio da Dignidade da Pessoa Humana para impedir a efetividade à Liberdade de Trabalho e Profissão? Até onde o Estado constitucional de direito pode usar o argumento da dignidade da pessoa humana para impedir que as pessoas exerçam livremente o trabalho que assim desejarem? O princípio da dignidade da pessoa humana tem esse caráter de super princípio, do princípio central que fez surgir e fundamentar todos os outros direitos fundamentais, no entanto, a questão que se coloca é qual o limite para esse grau de importância que deram a este princípio, o que ocorre, é que muitas vezes a lei silencia para alguns casos, o que leva o Estado a fundamentar essas lacunas com o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo de certa forma uma insegurança Jurídica a depender do caso concreto, no entanto, com fim de solucionar essa questão, busca-se o princípio da proporcionalidade, princípio que tem por função a de equilibrar direitos e adequar qual a melhor forma de ser aplicado diante do caso concreto, tudo isso, por meio da técnica de ponderação, que é indispensável para se verificar se leis ou os atos do poder estatal são de fato constitucionais e sobretudo proporcionais. Com a ponderação, na análise do caso concreto, havendo um embate entre direitos fundamentais como é o caso do estudo em questão, cabe na decisão do ente estatal, seja ela normativa, legislativa ou judicial, analisar o imperativo de otimização e de harmonização dos direitos, devendo atender ainda aos postulados constitucionais, para assim se chegar a um denominador comum, sem priorizar e nem restringir de forma imperativa e absoluta um direito fundamental. Os bens que encontram-se em colisão na análise do trabalho são bem sensíveis, porque a restrição demasiada de um (a liberdade de trabalho e profissão) pode retirar do indivíduo além do direito a liberdade e de autonomia privada, lhe retirar dentro do seu subjetivismo a sua própria dignidade.

Palavras chave. Princípio. Dignidade. Liberdade. Trabalho. Estado Constitucional.

ABSTRACT

What would be the limit of the principle of Dignity of the Human Person to prevent the effectiveness of the Freedom of Labour and Profession? How far can the constitutional State of law utilise the argument of dignity of the human person to prevent people from freely doing the work they so desire. The principle of dignity of the human person has the quality of super principle, from the central principle that enabled all other fundamental rights to exist and have foundation in it. However, the question that arises is the limit to the degree of importance attributed to that principle. What happens is that the law often remains silent for some cases, which leads the state to fill these gaps with the principle of dignity of the human person, bringing some legal insecurity depending on the concrete case, which should be solved with the principle of proportionality, a principle that has the role of balancing rights and adjusting what can be the best course of action to the concrete case by means of the weighting technique, which is indispensable to verify if laws or acts of the State are constitutional and, above all, proportional, with the weighting, and through the analysis of the concrete case, having a conflict of fundamental rights, where principles collide against each other, as it is the case of the study in question. It is the decision of the State entity, whether it is normative, legislative or judicial, to analyze the imperative of optimization and harmonization of rights, being that they must also meet the constitutional principles, in order to reach a common denominator, without absolutely restricting a fundamental right. The goods that are in collision in the analysis of this work, they are very sensible, because a strong restriction of one (the freedom of labour and profession) can strip from the individual not only the right to freedom and private autonomy, but also, within his subjectivism, his own dignity.

Key words. Principle. Dignity. Freedom. Labour. Constitutional State.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	8
2. A Dignidade da pessoa Humana.....	10
2.1 Conceito de Dignidade da pessoa Humana.....	10
2.2. A Dignidade da pessoa Humana como princípio do Estado democrático de direito como fundamento dos direitos constitucionais...	22
2.3. A Dignidade da pessoa Humana nas relações privadas e os direitos constitucionais dos trabalhadores.....	27
3. A Liberdade de Trabalho.....	44
3.1 Enquadramento Constitucional da Liberdade de Trabalho e de Profissão.....	44
3.2 A liberdade de trabalho e de profissão como um direito fundamental pessoal.....	53
3.3 As restrições à liberdade de trabalho e de Profissão e os seus Fundamentos.....	55
3.4 Tipos de restrições à liberdade de trabalho e profissão.....	67
4. Conflito entre princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de trabalho e profissão.....	81
4.1 Situações de conflito entre princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de trabalho e profissão.....	81
4.2. Parâmetros de resolução do conflito entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de trabalho e profissão.....	89
5. Conclusão.....	107
6. Bibliografia.....	109

1. INTRODUÇÃO

Gostaria de registrar que a motivação do presente trabalho é saber em que medida o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um limite à liberdade de trabalho e profissão, e quais são as formas de resolução desse conflito de direitos fundamentais.

Iniciaremos abordando o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo o seu contexto histórico, desde o início da sua origem até o seu reconhecimento como um direito fundamental, abordaremos os tipos de dignidade existente, tentando alcançar o seu conceito e demonstrando, por fim, a sua importância no estado democrático de direito e o sua relação frente aos direitos fundamentais.

Em seguida vamos liberdade de trabalho e profissão, o seu surgimento, a sua previsão no texto constitucional, o seu reconhecimento como direito fundamental, as formas de restrição a esse direito, como as restrições legais, as contratuais e as ilícitas.

Dando continuidade ao trabalho, no terceiro capítulo abordaremos os conflitos constitucionais entre esses dois direitos fundamentais, trazendo para o estudo casos práticos onde fica claro que o Estado com intuito de defender a dignidade humana dos indivíduos, limita e restringe a liberdade de trabalho e profissão.

Visto isso, partimos para as formas de resolução desses conflitos constitucionais de direitos fundamentais por meio do Princípio da proporcionalidade, no qual conceituaremos e demonstraremos a sua importância frente essas colisões de direito de direitos fundamentais, por meio da técnica de ponderação, no qual demonstraremos os modelos a serem utilizados na doutrina e nos Tribunais Constitucionais, trazendo julgados para demonstrar como funciona na prática a utilização dessa ponderação, bem como, demonstraremos quais são os problemas de ordem prática dessa técnica.

Concluimos, demonstrando que deve existir no Estado um maior limite quanto a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana frente às liberdades, sobretudo, à liberdade de trabalho e profissão, pois a dignidade tem um conteúdo e alcance não inteiramente precisos e o Estado para efetivar todos os direitos fundamentais deve ficar atento a cada caso concreto sob pena de ferir direitos importantes da sociedade, até mesmo a própria dignidade da pessoa humana.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. O conceito de dignidade da pessoa humana

É de suma importância para se conceituar e dar significado nos dias de hoje ao princípio da dignidade da pessoa humana, que nos seja remetido a sua origem. Ao fazer uma análise acerca da dignidade humana, acredita-se que seu nascimento tenha se dado durante a idade média quando o cristianismo passou a pregar e vê o homem como uma criatura singular, de importância única, momento em que passou-se a diferenciar dois tipos de dignidade, a dignidade propriamente dita, e a dignidade e dignidade da pessoa humana.

A primeira, trata-se de uma dignidade ligada a *status*, posição social que o indivíduo detinha através do seu mérito ou por alguma virtude, era uma dignidade ligada a sua honra, com uma posição privilegiada, no qual poderia facilmente ser atribuída ou não a um pessoa essa condição, sendo permitido a existência de pessoas mais digna ou menos dignas¹.

Já a dignidade da pessoa humana veio mudar essa concepção de dignidade, uma vez que o homem, passou a ser visto como ser humano dotado de dignidade pelo simples fato de existir, levando a todos uma certa igualdade em direitos, irrenunciáveis e indisponíveis.

Esse pensamento, como dito anteriormente começou a existir na primeira fase do cristianismo, no qual naquela época o Papa São Leão Magno pregava que a dignidade humana se fundamentaria no fato de que Deus criou o homem a sua imagem e semelhança, o tornando uma pessoa única.

Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana no passar dos anos foi tomando forma, e criando novas percepções, de certa forma, até se criando conflitos na doutrina acerca do seu real conceito, por se confundir com o direito à vida, à liberdade entre outros direitos fundamentais, no entanto, o que se percebe é que é o princípio da dignidade da pessoa humana funciona

¹ Sobre isso ler NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.. Pg 31

como o escopo dos direitos fundamentais, pois serve de base para sustentar os direitos previstos constitucionalmente nos Estados democráticos de direito².

Diante desses conflitos muitos autores foram dando e tecendo suas opiniões e formando seus próprios conceitos.

Ingo Sarlet³ define da seguinte forma:

“(...) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrín-seca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um comple-xo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degra-dante e desumano, como venham a lhe garantir as condi-ções existenciais mínimas para uma vida esaudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corres-ponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano (...)”.

²ALEXANDRINO, José de Melo, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.º 11, abril / junho, 2010, p. 15: “Uma terceira dificuldade reside, a nosso ver, na circunstância (que traduz uma das mais notáveis especificidades dessa norma constitucional) de o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana se achar distribuído pela generalidade das normas de direitos fundamentais da Constituição (através das quais é, aliás e em primeira mão, esclarecido), normas estas que beneficiam de óbvia primariedade aplicativa (fenómeno que, do ponto de vista técnico, pode ser percebido como *especialidade* ou *consumpção*), quando não esgotam mesmo as potencialidades aplicativas daquele (o efeito aqui seria o da *redundância*).”

³SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Luiz Roberto Barroso⁴, define como:

“(...) A dignidade da pessoa humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo(...)” “ Que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado a moralidade, ao bem, à conduta correta e a vida boa”

Tal definição parte de um pensamento da filosofia kantiana⁵, que mostra o homem como ser racional, com fim em si mesmo, diferenciando o ser humano da coisa e do objeto, vendo o homem como ser único, e com isso se revela um direito, um valor absoluto, tendo a dignidade da pessoa humana como algo superior, maior que qualquer outro direito, pois nele se encontra intrínseco todos os nossos direitos e garantias⁶.

O professor Paulo Otero⁷ em sua obra “Instituições Políticas e Constitucionais”, elenca de forma sistemática algumas exigências⁸ de sentido conceitual da ideia de dignidade humana dentro dessa inspiração kantiana.

⁴BARROSO, Luís Roberto. A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte. Forum, 2012.

⁵Sobre isso ver BARROSO, Luís Roberto. A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte. Forum, 2012. P.18/62.

⁶Sobre isso ver NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.. Pg 43.

⁷Otero, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol I, Coimbra, Almedina, 2007, P. 552/559.

⁸“(I). O ser humano, identificado, com cada individuo em concreto da espécie humana que é dotado de existência física, desde o momento da concepção e mesmo para além do momento da sua morte, seja homem ou mulher, é sempre um fim em si mesmo, titular de posição jurídicas que nunca podem tratar como coisa, objecto, meio ou instrumento; (II). A dignidade humana envolve uma exigência permanente de respeito e consideração por cada ser humano individualmente: o ser humano nunca pode ser tratado com indignidade;(III). Reside na própria natureza humana, fazendo de cada um de nós um ser racional, único e irreparável, o fundamento da dignidade de que todos os seres humanos tem e cada um, por si, individualmente, possui como marca inata da sua condição humana; (IV). Todos os seres humanos tem a mesma dignidade, trate-se do homem mais poderoso da terra ou o mais miserável ou criminoso; (V). O respeito a dignidade humana é independente do grau de consciência ou de compreensão de cada ser humano sobre a sua existência ou a sua dignidade, devendo mesmo ser objecto de especial protecção a dignidade de quem não tem ainda, já não tem ou nem teve nunca consciência da sua existência ou da sua dignidade; (VI). A dignidade humana é irrenunciável e inalienável, existe por natureza e inerência em todos os seres humanos desde a vida pré-natal até após a morte, razão pela qual o Estado a não pode negar, retirar ou violar; (VII). A dignidade humana exige protecção e respeito pela vida e pela integridade física de cada ser humano vivo e concreto, tanto por parte do Estado como pelas restantes pessoas; (VIII). A dignidade humana pressupõe um principio geral de liberdade do ser humano na sua relação com o poder (liberdade vertical) e com os demais seres humanos (liberdade horizontal) “a dignidade não pode ser compreendida sem liberdade, nem a liberdade sem a dignidade”; (IX). A dignidade humana postula um entendimento do ser humano como um “todo aberto” dotado de um espírito universal e transcendente que “ultrapassa infinitamente o próprio homem”, assumindo-se como protagonista na construção do universo e gozando de atributos; (X). A dignidade humana exclui qualquer admissibilidade de sujeição de um ser humano a servidão ou a escravatura, à crueldade ou tortura, a humilhação, estigmatizações, discriminações arbitrárias, perseguições infundadas, tratamento degradante ou ofensas a sua honra e integridade; (XI). A dignidade humana, preferindo sempre a inclusão ou a integração à exclusão ou a marginalização social das pessoas, envolve que cada ser humano tenha meios materiais que lhe permitam possuir uma existência humana condigna, impedindo que situações factuais de carência extrema afectem a dignidade humana da vida em sociedade, razão pela qual o Estado tem o encargo prestativo de facultar meios subsidiariedade nas suas relações com a sociedade civil, a família e os indivíduos; (XIII). A dignidade humana envolve o reconhecimento de direitos de participação política, dotando a pessoa humana de capacidade eleitoral activa e passiva; e (XIV). As violações contra a dignidade do ser humano não há posições jurídicas adquiridas, nem prestações juridicamente tuteláveis (salvo situações de concorrência ou conflito de duas ou mais pretensões igualmente fundadas na dignidade humana), mostrando-se imprescritível o ressarcimento de quaisquer danos contra a dignidade de uma pessoa viva concreta”.

Jose de Melo Alexandrino nessa mesma perspectiva aduz que a dignidade da pessoa humana “é a referência da representação do valor humano, pelo que a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, trata-se de um direito irrenunciável, tendo, todavia, não apenas uma dimensão jurídico-estatal, mas também uma dimensão sócio-estatal”⁹, o docente traz em sua obra ainda quatro preposições conceitual sobre a dignidade da pessoa humana¹⁰, senão vejamos:

1ª proposição: quanto a estrutura da norma no plano jurídico constitucional, a dignidade da pessoa humana, configura-se como um princípio jurídico, podendo também funcionar e revelar como regra; 2ª proposição: além do seu sinal como valor (fixado através do vínculo e já substancialmente vazado numa multiplicidade de princípios, regras e instituições), no plano jurídico-constitucional, a norma da dignidade da pessoa humana pode-se apresentar nas seguintes feições: (I) de norma de garantia (na medida em que protege uma essência da constituição material); (II) de norma de direito fundamental, desde que a conjugação com outras normas constitucionais; (III) de norma sobre direitos fundamentais (na medida em que como critério de ultimo recurso, pode operar como regra de “limites dos limites”;; 3ª proposição: quanto na sua natureza pelo menos na Constituição

⁹ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. V I, Coimbra, Almedina.2008.p 481

¹⁰ Idem, Ibidem.

Portuguesa, nenhuma razão depõe a favor da qualidade de direito fundamental da norma da dignidade da pessoa humana (tanto mais quando, na sua feição de regra alcança um Maximo de protecção subjetiva); 4ª proposição: finalmente quanto ao seu carácter, atendendo ao que a dignidade da pessoa humana tanto pode ser aprendida como valor, como principio e como regra, mostra-se conveniente distiguir cada um desses prismas: - como valor tem caracter absoluto, intangível e incondicionado (desde que se preserve a inerente função simbólica e se renuncie a fixação do conteúdo); - como principio , é relativizável, uma vez que a respectiva norma tem de conviver com os efeitos de outras normas de garantia; - como regra, dá a aparência de absoluto ao resolver sem apelo certos casos-limite”.

Vários são as definições sobre o principio da dignidade da pessoa humana¹¹, uma vez que esse princípio que é pedra basilar das sociedades contemporâneas e que serve de norte e fundamento de uma República democrática, no qual os indivíduos se tornam a finalidade do estado

¹¹Poco puede encontrarse en la jurisprudencia del TC sobre lo que la dignidad realmente es, y mucho más (con mayor o menor grado de concreción) sobre aquello a lo que su garantía obliga (especialmente en sentido negativo, esto es, lo que como consecuencia de su proclamación debe considerarse prohibido); con frecuencia lo que sucede, de hecho, es que el concepto mismo parece definirse por referencia a sus consecuencias normativas. La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. (LA DIGNIDAD HUMANA Y SUS CONSECUENCIAS NORMATIVAS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA:¿UN CONCEPTO ÚTIL?CARMEN TOMÁSVALIENTE LANUZA).

democrático de direito. E dentre os conceitos acima vistos, encontramos também a definição de Miguel Reale¹² que emprega ao referido princípio três terminologias distintas: individualismo, o transpersonalismo e o personalismo, senão vejamos:

“O individualismo, caracteriza-se pelo entendimento que cada homem, cuidando dos seus interesses, protege e realiza, indiretamente, os direitos coletivos. Seu ponto de partida, é portanto, o indivíduo; o transpersonalismo apresenta-se de maneira oposta é realizado o bem coletivo o bem do todo, que se salvaguardam os interesses individuais inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos, nega-se, portanto a pessoa humana como valor supremo: No personalismo rejeita tanto a concepção individualista quanto a coletiva, nega harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade resultando numa preponderância do indivíduo sobre a sociedade e na subordinação daquele aos interesses da coletividade ”.

Visto algumas definições doutrinárias do princípio da dignidade da pessoa humana, é importante destacar que o referido direito foi reconhecido e conceituado em diversas constituições dos países democráticos e de Direito¹³,

¹²Reale.Miguel. Filosofia do Direito. 17º Ed. SP. Saraiva, p. 277. 2006.

¹³ “It is by now clear that human dignity is the central value underpinning the entirety of international human rights law. This can be seen in its invocation in the Preambles to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

(ICESCR), and the UN Convention on the Rights of the Child (UNCRC), all of which refer to "... the inherent dignity ... of all members of the human family [as] the foundation of freedom, justice and peace in the world...." The UDHR goes further by stating in article 1 that "[a]ll human beings are born free and equal in dignity and rights."¹ The preambles to the ICCPR and ICESCR state that the "equal and inalienable rights of all members of the human family ... derive from the inherent dignity of the human person." Similarly, the UN Convention against Torture states in its preamble that "recognition of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world," and goes on to expressly state that "those rights derive from the inherent dignity of the human person." The concept of human dignity is also invoked in the preambles to the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, both of which are devoted to the elimination of discrimination based on an external characteristic—race and sex. Similarly, the Vienna Declaration made at the World Conference on Human Rights in 1993 stated in its preamble that "all human rights derive from the dignity and worth inherent in the human person."² While human dignity is not expressly mentioned in the European Convention on Human Rights (ECHR) or the treaties of the European Union, the concept has reared its head in the case law of both the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. It has been stated to be "the very essence" of the ECHR³ and to constitute the value underlying European Union equality legislation. In addition to provisions of international law, the concept of dignity plays a key role in the constitutional documents of a wide array of Western states. Human dignity has been expressly invoked as a foundational principle in the constitutional documents of a significant number of countries around the world, with at least fifteen European countries, as well as others such as Canada, Israel, and South Africa, explicitly invoking the principle in their constitutions.⁵ Dignity is the founding principle on which the German Basic Law of 1949 is based,⁶ and the 1996 Constitution of South Africa expressly founds the State of the Republic of South Africa on "[h]uman dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms."⁷ It goes on to further provide that "[e]veryone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected,"⁸ and moreover, that when interpreting the Bill of Rights, courts and tribunals "must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom."⁹ The Preamble to the Irish Constitution of 1937 sets the scene for the document that follows by stating that "We, the people of Éire ... seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured ... [d]o hereby adopt, enact and give to ourselves this Constitution." While the US Constitution does not actually mention the term "dignity," Justice William Brennan of the US Supreme Court has described the text as "a sparkling vision of the supremacy of the human dignity of every individual". (Conor O'Mahony, "There is no such thing as a right to dignity", in *Int J Const Law* (2012) 10 (2): 551-574, <https://academic.oup.com/icon/article/10/2/551/666082/There-is-no-such-thing-as-a-right-to-dignity>).

a exemplo do Brasil¹⁴ e de Portugal¹⁵, bem como, foi destaque no preâmbulo da Carta das Nações Unidas¹⁶ e na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷.

Referido princípio é tão relevante que tanto o Supremo Tribunal Federal^{18 19 20} quanto o Tribunal Constitucional Português²¹ já proferiram divesos julgados analisando e demonstrando a importância desse direito.

¹⁴Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - **a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹⁵ Art. 1º Portugal é uma Republica soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidaria.

¹⁶Considerando que o reconhecimento da dignidade ine-rente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...). Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na **dignidade e valor da pessoa humana** (...).

¹⁷Ver art. 11, § 1º, *“Toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”*

¹⁸ EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO DE RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERLOTAÇÃO DE PRESÍDIO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DETENTOS POR PORTARIA DO JUIZ CORREGEDOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. 1. A Carta Constitucional estabelece como núcleo dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Nesse aspecto, ainda que seja afastada, legalmente, a liberdade como resultado de um processo criminal, tal aspecto não importa, consequentemente, a abdicação da dignidade anteriormente referida, pois atributo inerente a todo ser vivente racional. 2. In casu, constatada pela Vigilância Sanitária a inadequação física e sanitária de habitabilidade, correta se apresenta a limitação do número de detentos em presídio. Ademais, conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, a edição de portarias pelo Juiz Corregedor do Presídio Regional de Mafra/SC, vedando o ingresso de novos presos no estabelecimento prisional até o alcance do limite de 150, ainda que extrapolando a capacidade máxima originária de 72 homens e de 15 mulheres, mostra-se razoável e proporcional. Realça-se que, quando da limitação, o referido ergástulo já acolhia 201 detentos. 3. Uma vez provocada, a

prestação jurisdicional efetuada pelo Poder Judiciário não implica interferência nas atribuições constitucionais do Poder Executivo, pois o sistema de freios e contrapesos assegura a independência e a harmonia referida no art. 2º da Constituição Federal e concretiza, nas situações autorizadoras, como no presente caso, a dignidade da pessoa humana, meta central da Carta Magna de promoção do bem-estar do homem. 4. O art. 66 da LEP (Lei 7.210/84) delega ao Juiz da Execução tarefas de natureza eminentemente administrativa, não apenas no aspecto de fiscalização, mas também de intervenção, se e quando necessário. 5. Agravo regimental não provido. (STF- AgRg no RMS: 38966 SC 2012/0180333-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 09/09/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2014)

¹⁹ AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Caracterização. Instrução processual ainda não encerrada. Ausência de defensor público na comarca. Demora não imputável ao réu. Dilação não razoável. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido. Aplicação do art. 5º, LXXVIII, da CF. Precedentes. A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave. (STF - HC: 100053 ES, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 17/11/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-06 PP-00912)

²⁰ MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. No julgamento do MS nº 25.113/DF, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal decidiu que, "reformado o militar instituidor da pensão sob a Constituição de 1967 e aposentado como servidor civil na vigência da Constituição de 1988, antes da edição da EC 20/98, não há falar-se em acumulação de proventos do art. 40 da CB/88, vedada pelo art. 11 da EC n. 20/98, mas a percepção de provento civil cumulado com provento militar, situação não abarcada pela proibição d (art. 40 CB/88) a emenda". (art. 42 CB/88) Precedentes citados: MS nº 25.090/DF, MS nº 24.997/DF e MS nº 24.742/DF. Tal acumulação, no entanto, deve observar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito. 4. O prazo de

No entanto em que pese tais conceitos e previsões em normas constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana, sofre graves críticas, uma vez que é muito abrangente, alguns autores acreditam que o referido direito/princípio falta significado mais específico, o que em razão disso, se gera muitos abusos em decisões que são tomadas de forma mais acalouradas e se justificam somente pela referido princípio.

Inclusive tem pensadores como a autora Ruth Macklin citada por Luiz Roberto Barroso²² que alega que a dignidade “é um mero slogan uma abstração”²³ alegando ainda que em razão disso o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser eliminado “sem qualquer perda de conteúdo”²⁴. No entanto, apesar das duras críticas, acreditamos na luta e na manutenção do referido direito.

Cristina Queiroz aduz que “ com efeito o conceito de dignidade da pessoa humana não se apresenta vazio de conteúdo e não se pode ser concebido como pura abstração epistemológica de fundamentação de um sistema asséptico e pretendidamente neutro”.

É um conceito valorativo, um valor constitucional, que apresenta-se como fundamento e base da ordem jurídica-constitucional. Um conceito que se

cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida.(STF - MS: 24448 DF, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 27/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00042 EMENT VOL-02299-01 PP-00146)

²¹ (AC. 165/84 Pena de Demissão)(AC. 319/95 Exame do Alcool) (AC.426/91 Cadaves) (AC 13/95 Lei da Imprensa) (Ac 607/03 Apreensão de diários).

²²BARROSO, Luís Roberto. A dignidade humana no direito contitucional comteporaneo. Belo Horizonte. Forum, 2012 p. 55.

²³ Ruth Macklin. Dignity is a useless concept. British Medical Journal. N 327, 2003, p 1419

²⁴ Ruth Macklin. Dignity is a useless concept. British Medical Journal. N 327, 2003, p 1420

apresenta simultaneamente como norma fundamental e direito fundamental, numa palavra, como compromisso fundamental do Estado²⁵.

Com isso, apesar desse conflito doutrinário acerca de qual a melhor definição do direito a dignidade da pessoa humana, vimos que se trata de um valor fundamental e não necessariamente absoluto, uma vez que ele pode sofrer uma espécie de ponderação (conforme veremos mais a frente) quando houver direitos fundamentais em conflito.

A dignidade da pessoa humana encontra-se presente na política, na religião e na filosofia no qual todo e qualquer homem tem direito de ser respeitado e de não ser tratado como coisa ou objeto, entretanto, precisa-se de um limite, de uma definição mais palpável, na sua aplicação.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve constar no rol e no catálogo constitucional de todo o Estado Constitucional democrático de direito, uma vez que ele além de ser um norte que fundamenta a República, é um “Metaprincípio” nos dizeres de Jorge Miranda, “superior aos demais princípios constitucionais “; sem sua Proteção não há possibilidade de existência da sociedade, como entidade, e muito menos, de constituição de Estado”²⁶.

²⁵Liberati. Wilson Donizeti. A Dignidade da pessoa humana no estado Constitucional.2010.

²⁶MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV, Coimbra, 2010.

2.2. A dignidade da pessoa como princípio do Estado democrático de Direito como fundamento dos direitos fundamentais

Como vimos anteriormente, ficou claro que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto como base central para o Estado democrático de direito, inclusive, sendo normatizado e previsto em quase todas as constituições, e até naquelas constituições em que não existe previsão legal expressa, esse princípio, tem o mesmo valor e um peso bastante relevante.

O referido princípio, apesar de toda a sua carga histórica tanto na política, na religião e na filosofia durante toda a existência da humanidade, sobretudo, como falamos antes, após o reconhecimento da igreja e do kentianismo, só veio a ter um peso maior em meados século XX.

Com o fim da segunda guerra mundial o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ter mais valor, a ter mais reconhecimento, diante de todos aqueles massacres em que o homem foi tratado como coisa²⁷, ele foi incorporado ao discurso da política na defesa do homem se tornando uma meta a ser alcançada por todas as nações que lutaram para o fim da guerra, passando a ser um principio fundamental de valor inestimável²⁸.

Tal meta passou a ser uma obrigação do estado democratico em garantir aos indivíduos a proteção dos direitos mínimos e fundamentais, que passaram a ter como escopo o direito a dignidade da pessoa humana.

²⁷“As pessoas eram transformadas em coisas e usadas como meio de tomada e manutenção do poder” (DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 234).

²⁸“Pode-se hoje dizer que a dignidade da pessoa humana, ideia-força do mundo contemporâneo, é uma qualidade inata de cada ser humano, cuja obrigação de respeito se pode qualificar como uma das mais relevantes conquistas históricas, independentemente de instituição formal pelo Direito, que reconhece pelo equivalente princípio fundamental”. BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.P 66)

Diante disso surgiu a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, e em seguida após a guerra em 1948, a declaração universal dos direitos humanos que ratificou a proteção dos direitos do homem.

Vale ressaltar que na América, após a declaração universal dos direitos do homem, foi aprovada na Convenção Americana dos Direitos do Humanos mais conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, em 1965, buscando também a proteção dos direitos do homem na América.

Com isso a dignidade da pessoa humana foi ganhando campo e seu devido valor, os tribunais constitucionais passaram a aplicá-lo de forma contundente e também cobrar mais a sua efetividade, sendo pioneiro o Tribunal constitucional Alemão, em 1975²⁹, posteriormente em Portugal em 1976³⁰, e

²⁹ O Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu em 1975 ser dever do Estado assistir os necessitados, principalmente daqueles que estejam incapacitados de promover o próprio sustento de forma que haja condições mínimas de subsistência e de vida com dignidade, assim, tal decisão foi pioneira quanto a existência de um mínimo necessário, condecorando o princípio da dignidade humana. (BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010. P 55/57).

³⁰ A exemplo trazemos o Acórdão nº 509/2002 de 19 de dezembro no qual o Tribunal Constitucional Português reconheceu o princípio da dignidade da pessoa humana: “Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda afluído no artigo 63.º, n.os 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna. Todavia, o legislador [...] goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir «quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio», sem prejuízo de dever assegurar sempre o «mínimo indispensável». Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1.º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições. . . . 15 – Consequentemente, importa concluir que a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana [...], princípio esse consagrado pelo artigo 1.º da Constituição e decorrente,

no Brasil em 1988, com o advento das suas respectivas constituições democráticas.

Como princípio do Estado democrático de Direito, cabe verificar que o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma dupla dimensão, ou seja, nele podemos encontrar valores tanto absolutos, quanto valores relativos.

No que tange aos valores de caráter absoluto, podemos verificar no ponto em que o homem é visto como um ser único, individual e inviolável no qual sua dignidade é absoluta irrenunciável.

Quanto a dimensão relativa do direito a dignidade da pessoa humana, diferente da dimensão absoluta, essa dignidade pode até ser diminuída em sua essência, a exemplo do indivíduo que pode ter seu direito de liberdade tolhido, logo, a liberdade que é um fundamento base para se alcançar e atingir a plenitude da dignidade da pessoa humana, mas que pode ser restringida pelo Estado quando se necessário.

Esse valor, esse direito, esse princípio tão importante, que virou uma espécie de metadireito dos direitos fundamentais, foi tomando forma e passou não só a ser exigido na relação estado/indivíduo mas também nas relações indivíduo/indivíduo, no qual veremos mais a frente a importância dessa necessidade.

Importante frisar que essa questão quanto a dignidade da pessoa humana ser um direito hiper direito e também a base dos direitos fundamentais, gera algum tipo de discussão na doutrina, quando alegam que a dignidade da pessoa humana é o elo central que serve de inspiração para a aplicação dos direitos fundamentais³¹.

igualmente, da ideia de Estado de Direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda aflorado no artigo 63.º, n.os 1 e 3, da mesma CRP”. (Acórdão n.º 509/2002, n.º 13, e, na doutrina, PAULO OTERO, Instituições políticas e constitucionais, vol. I, 488 e 591, Coimbra, Almedina, 2007, aludindo ao direito a um mínimo de existência condigna, como espécie dos “direitos sociais universais”).

³¹“A dignidade humana constitui a “base” do Estado constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os Poderes Constituintes, “de mãos dadas” com a

Vieira de Andrade³², de forma material, trata acerca do tema, aduzindo que “ o ponto característico que serveria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Já o Professor Gomes Canotilho³³, critica essa ligação direta somente entre os direitos fundamentais e a dignidade humana, uma vez que “expulsa do catalogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isso é, que não pressuponham a ideia-princípio da dignidade humana”. Ou seja, na visão dele, seguindo essa máxima, aqueles direitos que não tivessem uma ligação direta com a dignidade da pessoa humana, estaria fora do rol dos direitos fundamentais³⁴.

Para o ministro, Gilmar Mendes³⁵, que discorda de Canotilho, aduz que “ não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo a exigência do direito a vida, a liberdade, a integridade física e íntima de cada ser humano, concluindo que os direitos e garantias fundamentais em sentido material são,

jurisprudência e a ciência, e mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso, também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direito do cidadão à democracia”. (HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet et al. 2 ed. rev.eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 101)

³²ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais na constituição Portuguesa de 1976, 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 2001,

³³CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional . Coimbra. Almedina. 2010.

³⁴Ver também “La dignidade humana y sus consecuencias en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, septiembre-diciembre (2014), pág. 178 (“considera el Tribunal [Const. Espanhol] que algunos presentan una conexión más directa e inmediata que otros”).

³⁵MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 9ª ED, Saraiva, 2014,

pois, pretensões que em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.

Com isso, vimos que apesar desse conflito doutrinário a dignidade da pessoa humana é elo base para os direitos fundamentais e para a efetividade dos direitos sociais, uma vez que o indivíduo deve ser o núcleo central de importância e preocupação do Estado Democrático de direito, que deve reconhecer os direitos humanos e efetiva-los, seja na proteção a vida, a saúde, a segurança, a liberdade, bem como, seja efetivando os direitos sociais, para que o homem possa viver dignamente e comunitariamente realizado.

No Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo que se torna uma obrigação do estado em efetivar os direitos fundamentais, também se torna uma espécie de direito limitador, uma vez que o estado para realizá-los e efetivá-los, obriga-se a promover uma construção normativa e legislativa com fim de realizar todos os direitos fundamentais, bem como, limita o poder público de realizar ao seu bel prazer ações que não estejam prevista em lei.

Com isso, vimos que o princípio da dignidade da pessoa humana se tornou característica e elo central não só dos direitos fundamentais em si, mas sobretudo, é necessário para a caracterização de um estado democrático de direito.

2.3. A dignidade da pessoa humana nas relações privadas e os direitos constitucionais dos trabalhadores

Como foi visto, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais foram criados com intuito de salvaguardar os indivíduos do poder estatal, devendo o Estado não só ser garantidor desses direitos, mas também efetivá-los.

Vale lembrar que em meados da Revolução Francesa, a sociedade que buscava mais liberdade, igualdade e fraternidade, e cansada do absolutismo da monarquia, fez surgir o então Estado liberal, que tinha como ideal o de limitar o poder estatal, no qual o Estado era um mero coadjuvante, frente a sociedade.

Assim, com oliberalismo, os direitos fundamentais deveriam ter apenas aplicação direta em face do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), com o intuito de impedir a sua arbitrariedade e seus excessos. Em razão disso, foi desencadeado uma série de problemas, uma vez que a burguesia detentora do poder econômico, não respeitava os direitos mínimos das classes econômicas mais baixas.

Com isso, o Estado liberal progressivamente foi perdendo suas forças, surgindo então, o Estado social e garantidor, aquele que não somente garantia direitos como formas de prestações negativas, mas também de forma positivas, surgindo então os direitos fundamentais sociais.

Com isso, os laços entre o Estado e a sociedade foram fortificados, e a relação entre o público e o privado foi valorizada, momento em que a eficácia horizontal dos direito fundamentais ganhou força, no qual, não somente o Estado era responsável pelo cumprimento dos direitos fundamentais, mas também os particulares, inclusive entre as relações com outros particulares.

Então, surgiu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com advento na Alemanha sendo desenvolvida a doutrina do *Drittwirkung* e as teorias (indireta e direta)³⁶.

Atualmente, essa teoria, vem sendo aplicada no modelo do Estado democrático de Direito, e muitos países a recepcionam, como é o caso do Brasil, apesar de não existir uma previsão expressa na constituição.

Com isso, após essa evolução a aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana passou a ser exigida nas relações entre os privados, sobretudo, nas relações de trabalho.

Vale frisar que o Brasil ao recepcionar a referida teoria em seu gênero (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e espécie, sofre fortes críticas pelos seus não simpatizantes, como por exemplo: a falta de previsão expressa no texto normativo, o fato de comprometer a autonomia privada, sobretudo pelo fato de atribuir fortes poderes aos magistrados que analisam o caso concreto com base na ponderação, limitando de certa forma o poder do legislador, gerando assim, uma forte instabilidade jurídica, uma vez que os casos são julgados conforme princípios fundamentais vagos e abstratos³⁷.

Todavia, os motivos que levam o Brasil a recepcionar a teorizada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, são mais relevantes, em razão do nosso contexto histórico e sociocultural.

Daniel Sarmento³⁸, afirma que *“a constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada pelos estados unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissária, mas ainda assim conservadora, da eficácia indireta e mediata*

³⁶SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas.Ed Lumen Juris.2004

³⁷ Sobre o tema ler SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas.Ed Lumen Juris.2004,

³⁸SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas.Ed Lumen Juris.2004

dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do direito privado”.

O contexto histórico sociocultural em que o Brasil está inserido justifica a recepção da teoria da eficácia dos direitos fundamentais, pois se mostra essencial, posto que, vivemos numa realidade em que a desigualdade social é um fato gritante, onde uma parte mínima da sociedade é detentora do maior poderio econômico, enquanto, a maior parte desta vive a sua margem, vivendo ou muitas vezes sobrevivendo com menos do mínimo necessário para viver.

Sarlet, Ingo Wolfgang³⁹, nesse mesmo sentido afirma “*o maior grau de desigualdade social no país constitui argumento relevante para a adoção, entre nós, da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas*”.

Verificamos que a aplicação dessa teoria no cenário brasileiro se faz necessário, posto que, os direitos fundamentais servem para restituir a dignidade humana de cada indivíduo, independente se é em face do Estado ou de um terceiro.

A citada teoria, apesar de ser bem aceita no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de fundamento para inúmeras decisões dos mais diversos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, ainda sofre com a falta de fundamentação teórica, no qual não se estabeleceu um limite para sua aplicação, criando com isso um certo desconforto e falta de segurança jurídica.

No entanto, chegando ao ponto central do capítulo, vale ressaltar que a aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, é de suma importância nas relações laborais, visto que o direito dos trabalhadores revela um dos aspectos mais importantes do direitos humanos,

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed. Porto Alegre.2006.

uma vez que é através do trabalho que o homem consegue viver dignamente em sociedade.

Através do direito do trabalho foi possível uma maior evolução dos direitos fundamentais, visto que com a exploração da mão de obra, muitos direitos fundamentais eram mitigados nas relações privadas e com isso se viu a necessidade de o Estado e a sociedade se adequar, foi quando veio a ideia de Estado social, no qual não só o Estado deveria garantir a efetividade dos direitos, mas também os indivíduos privados.

As relações de carácter privados, sobretudo, as relações laborais podem ensejar grandes violações aos direitos fundamentais, uma vez que existe o que chamamos de hipossuficiência dos trabalhadores, ou seja uma subordinação, no qual o empregador detém no seu poder diretivo um controle sobre o empregado, fazendo de certa forma o que bem entende no contrato de trabalho, exigindo muitas vezes posturas dos empregados que colocam em jogo a sua liberdade e a sua dignidade.

Visando tamanha abuso, foi necessária a criação de institutos que pudessem resguardar os direitos dos trabalhadores. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso afirma que “ a necessidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais é diretamente proporcional à desigualdade das partes envolvidas no conflito. Quanto maior a disparidade entre os sujeitos, maior deve ser a intervenção estatal em favor da parte considerada hipossuficiente⁴⁰”.

No caso das relações laborais, na maioria das vezes o empregado é a parte mais fraca do contrato, a parte hipossuficiente da relação, o qual depende financeiramente do empregador, não é assistido intelectualmente e juridicamente, e ainda está sujeito às condições contratuais estabelecidas pelo empregador, o que torna notória a desigualdade no contrato celebrado, razão

⁴⁰BARROSO, Luís Roberto. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES DE EMPREGO.

pela qual é necessário nas relações laborais a absorção da teoria horizontal dos direitos fundamentais, para que os direitos mínimos sejam respeitados.

No contexto histórico brasileiro houve muitas lutas sociais, no qual se conquistou uma legislação trabalhista que protege bastante o trabalhador, em que pese, que na atual conjuntura política e econômica do país esses direitos sofrem sérios riscos de serem mitigados, a exemplo de Portugal com a intervenção da troika.

A constituição democrática brasileira de 1988 estabelece garantias aos trabalhadores, desde o princípio da dignidade da pessoa humana previsto do art. 1º III, e no inciso IV que fala sobre a valorização do trabalho humano, e do valor social do trabalho tem previsão ainda no Art. 5, XIII⁴¹, que vai até o art. 7º da referida carta magna, que traz um rol extenso com todos os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre os quais tem previsão de salário mínimo, de férias remuneradas, licença de gestante e paterna, adicionais por trabalhos insalubres e perigosos, aposentadoria entre outros⁴².

⁴¹Art 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁴²Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: // I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; // II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; // III - fundo de garantia do tempo de serviço; // IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; // V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; // VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; // VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; // VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; // IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; // X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; // XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; // XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas

Vale ressaltar que além desse extenso rol de direitos, existe ainda em nossa lei infraconstitucional a Consolidação da leis do trabalho e, mesmo com essa extensão de direitos trabalhistas, esses direitos sempre foram desrespeitados, hoje a Justiça do trabalho no Brasil é um das justiças especializadas que tem uma maior demanda processual do judiciário no país, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Nacional da Justiça já existem cerca de 1.6 milhões de Processos em andamento esperando apreciação para o ano de 2017, fonte de Abril de 2017⁴³.

Certo que muito dessa demanda se dá em razão da crise e do fechamento de postos de trabalho, mas boa parte dela é discussão acerca de direitos trabalhista tolhidos.

Com isso, se viu a necessidade do poder judiciário intervir, de buscar equalizar a relação de trabalho, e trazer ao trabalhador um pouco mais de

diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

⁴³<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisidicao/dados-estatisticos-priorizacao>

dignidade, aplicando não somente os direitos previstos na legislação infraconstitucional, mas também buscando por em prática o princípio da proteção do trabalhador, resolveu aplicar-se os direitos previstos na constituição, sobretudo, aos direitos fundamentais de forma horizontal.

Uma das primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal admitindo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 161243-6/DF.

Neste caso, os trabalhadores brasileiros da Air France intentaram uma ação requerendo fossem beneficiados com direitos trabalhistas previsto no estatuto da empresa, que determinava apenas que esses direitos eram aplicados para empregados de nacionalidade Francesa. No caso, o STF entendeu que a não aplicabilidade do estatuto da empresa a um empregado de nacionalidade não Francesa é uma ofensa direta ao princípio da igualdade, prevista no caput do art 5º da constituição federal⁴⁴

No mesmo contexto o Tribunal Superior do Trabalho-TST, acolheu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e foi expressamente utilizada em várias decisões a exemplo a do processo TST-RR- 7 Caderno Virtual Nº 21, v. 1 – Jan-Jun/2010 2195/1999-009-05-00.6.

⁴⁴“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE: AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º, C.F., 1988, art. 5º, caput. I. – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. – Fatores que autorizariam a desigualdade não ocorrentes no caso. IV. – R.E. conhecido e provido.” (STF, RE-161243-6/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Veloso, DJ 19.12.1997)

No presente caso tratava-se acerca da invasão da privacidade de uma empregada. No caso, o tribunal entendeu e condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais, e na sua fundamentação, o Relator do processo utilizou, de forma evidente a aplicação da tese direta dos direitos fundamentais nas relações privadas⁴⁵

⁴⁵Não obstante hodiernamente, por conta de uma cultura hedonista, o corpo humano seja exposto e explorado diuturnamente, atendendo aos interesses mais vis e abjetos, o desrespeito à sua dignidade intrínseca não pode alcançar as relações de trabalho, sob pena de aviltar ainda mais a já aflitiva situação do trabalhador contemporâneo. Entendo, nesse passo, que traduz grave afronta à dignidade do corpo humano a obrigação imposta à Empregada por conta de liame trabalhista de desnudar-se (porque para trocar de roupa é necessário, por óbvio, que assim o faça) diante de representante do empregador. Convém lembrar, a propósito, o episódio bíblico da perda de Davi, a quem bastou um olhar lançado à Bathseba, mulher de Uriah, para urdir a morte deste último. Em semelhante prática, a Empregada foi objeto de constrangimento ilegal, com violação ao direito constitucional à intimidade, porquanto submetida a situação vexatória e humilhante, de indisfarçável constrangimento moral, pois acompanhada por pessoa estranha ao despir-se em ambiente devassado. Manifesto que comportamento desse jaez atenta contra a dignidade do ser humano e merece repulsa e condenação. Ofende, portanto, o direito à intimidade de Empregada prática de Empresa que, exorbitando os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor, ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário. A esse respeito, ALICE MONTEIRO DE BARROS observa que o empregador, bem como seus prepostos, deve respeitar o direito subjetivo do empregado à própria intimidade, “independentemente de encontrar-se o titular desses direitos 8 Caderno Virtual Nº 21, v. 1 – Jan-Jun/2010 dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis”. E prossegue: “Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado.” (BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado, São Paulo: LTr, 1997) Desse modo, seja para desencorajar o furto, seja para impedir que substâncias psicotrópicas alcancem a sociedade, a supervisão, nos termos em que exercida pela Empresa, não encontra amparo legal. Penso que nem em nome da defesa do patrimônio, tampouco por interesse supostamente público, pode-se desrespeitar a dignidade humana. Aliás, a tese aqui esposada encontra apoio na teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais ou *Drittwirkung der Grundrechte*, concebida pelo alemão Hans Carl Nipperdey, juiz e prestigioso especialista em direito civil e do trabalho, já na década de 50 do século passado. MÁRCIA NOVAES GUEDES assim descreve as implicações da *Drittwirkung* na seara

Outra decisão do judiciário que trata acerca dessa temática, sobretudo, acerca da dignidade da pessoa humana nas relações laborais, foi a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região do Brasil, no Processo 0000775-83.2013.5.04.0305, no qual o relator proferiu decisão defendendo a aplicação da teoria direta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quando uma trabalhadora buscou na justiça seus direitos por ter sido demitida da empresa em que trabalhava por mais de 20 anos, ela recém curada de um câncer de mama, e com menos de 5 anos para se aposentar, foi demitida sem justa causa, o tribunal ao decidir se manifestou no sentido de que o comportamento do empregador fere os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, inscritos na Constituição Federal, determinando a sua reintegração ao seu posto de trabalho⁴⁶.

trabalhista, em sua monografia sobre a matéria: [...] A doutrina encontra plena aplicabilidade na espécie. Com efeito, a garantia fundamental inscrita no inciso X do art. 5º da Constituição Federal há de pautar as relações de emprego, máxime no tocante à imposição de limites ao poder de fiscalização e controle conferido ao Empregador. Em conclusão, embora não se cuide, aqui, a rigor, de revista pessoal, o comportamento da Empregadora traduz nítido desrespeito à intimidade da Empregada, de onde deflui, inquestionavelmente, o direito à indenização por dano moral. Direito que se assenta nos princípios consagrados no Texto Constitucional, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). Restaria à Empresa, nesse contexto, valer-se de meios de controle não agressivos à intimidade de seus empregados, tais como o controle numérico dos medicamentos, o monitoramento por meio de câmeras de vídeo nos ambientes em que há manipulação dos produtos e a verificação contábil mais detalhada do estoque. 9 Caderno Virtual Nº 21, v. 1 – Jan-Jun/2010 (TST-RR-2195/1999-009-05-00.6, 1ª Turma, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ 09.07.2004).

⁴⁶ACÓRDÃO 0000775-83.2013.5.04.0305 RO FI. 1 DESEMBARGADOR RICARDO CARVALHO FRAGA Órgão Julgador: 3ª Turma Recorrente: CLEIDE MARA CUNHA VALENTE - Adv. Rafael Bernardino dos Santos Brum Recorrente: SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI - Adv. Patrícia Mânica Ortizg Recorrido: OS MESMOS Origem: 5ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo E M E N T A DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO. Caso em que o valor da indenização por danos morais deve ser majorado. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos os autos. ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, dar provimento ao recurso da reclamante para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 20.000,00. Por unanimidade, dar provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento de multa

de 1% sobre o valor da causa. Valor da condenação acrescido em R\$30.000,00, custas em R\$600,00. Intime-se. Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Confira a autenticidade do documento no endereço: w w w .trt4.jus.br. Identificador: E001.4749.2756.1005. PODER JUDICIÁRIO FEDERAL TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO ACÓRDÃO 0000775-83.2013.5.04.0305 RO Fl. 2 Porto Alegre, 07 de outubro de 2014 (terça-feira). R E L A T Ó R I O Ajuizada a ação trabalhista em face do contrato apontado na petição inicial, vigente de 15.01.93 a 02.07.2013, foi proferida a Sentença às fls. 447-453, complementada à fl. 463. A reclamante recorreu às fls. 467-478, buscando a majoração da indenização por danos morais. A reclamada recorreu às fls. 482-484, buscando a absolvição da multa por oposição de embargos protelatórios. Com contrarrazões às fls. 489-492 e 495-500, subiram os autos a este Tribunal Regional. É o relatório. V O T O DESEMBARGADOR RICARDO CARVALHO FRAGA (RELATOR): RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. 1. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. A reclamante requer a majoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais. Entende, em síntese, que o valor arbitrado é irrisório perante o abalo moral causados à autora. Examina-se. Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Confira a autenticidade do documento no endereço: w w w .trt4.jus.br. Identificador: E001.4749.2756.1005. PODER JUDICIÁRIO FEDERAL TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO ACÓRDÃO 0000775-83.2013.5.04.0305 RO Fl. 3 O dano moral é incontroverso. A reclamada demitiu a reclamante sem justa causa durante o período em que a autora estava em tratamento de câncer de mama. O julgador de origem, inclusive, declarou a nulidade da rescisão contratual e determinou a reintegração da reclamante ao emprego. Quanto ao valor da indenização por dano moral, são oportunas algumas considerações. A Sentença deferiu o pagamento de R\$ 8.000,00 a título de indenização por danos morais. Dentro do quadro mais geral dos processos habitualmente em exame, pode-se afirmar que a lesão em análise é muito grave. A reclamada não é pequeno porte (SESI). Outras peculiaridades do caso merecem registro. A reclamante trabalhou por 20 anos para a reclamada. Conforme consignado na sentença: "evidente que a demissão, apesar de ter sido procedida sem justa causa, é discriminatória pois a conduta desorganizada da reclamante ocorreu dentro de toda a contratualidade e a reclamada sempre a tolerou até o momento em que a reclamante passou por tratamento médico para buscar a cura de doença reconhecidamente grave. Apesar de não se tratar de doença incurável ou que cause estigma, é evidente que a possibilidade da reclamante ter novas recidivas e de se submeter a novos tratamentos no futuro podem ter contribuído para justificar a medida, que se mostra discriminatória. Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Confira a autenticidade do documento no endereço: w w w .trt4.jus.br. Identificador: E001.4749.2756.1005. PODER JUDICIÁRIO FEDERAL TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO ACÓRDÃO 0000775-83.2013.5.04.0305 RO Fl. 4 [...] O descarte de empregado doente, como se valor algum tivesse, simplesmente pela sua atual condição e para a qual sequer contribuiu, afronta aos

comezinhos princípios de respeito ao próximo e de sua dignidade porquanto lhe priva de sua fonte de sustento e da sua possibilidade de se sentir útil e produtivo. Atitudes como esta podem, inclusive, gerar mais angústia e depressão, agravando o quadro do trabalhador, senão, ao menos, não o ajuda a ultrapassar as lesões psicológicas sofridas." É reprovável o descarte de um trabalhador que, se realmente passou a apresentar queda de rendimento, muito provavelmente o fez exatamente em virtude de sua debilidade física. O comportamento da empresa fere os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, vetores do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV, da CF). Além disso, o pedido de indenização por dano moral também encontra amparo no art. 4º da Lei 9.029/95 (Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências), verbis: "Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Confira a autenticidade do documento no endereço: www.trt4.jus.br. Identificador: E001.4749.2756.1005. PODER JUDICIÁRIO FEDERAL TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO ACÓRDÃO 0000775-83.2013.5.04.0305 RO Fl. 5 (...)" Sendo assim, nestes autos, entende-se que o valor da indenização por danos morais deve ser majorado para R\$ 30.000,00. Em situação não muito diversa, recorde-se o Acórdão 0000289- 36.2013.5.04.0261 da lavra da Des. Lucia Ehrenbrink. Dá-se provimento ao recurso para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 30.000,00. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. 2. MULTA EMBARGOS PROTELATÓRIOS. A reclamada requer a absolvição do pagamento de multa por interposição de recurso protelatório. Examina-se. No caso, os embargos de declaração não podem ser considerados procrastinatórios. O fato de a parte utilizar o remédio processual inadequado para manifestar sua irrisignação não faz dele protelatório. A aplicação de multa somente se justifica quando houver indícios suficientes a amparar a decisão no sentido de que os embargos declaratórios foram opostos com intuito meramente protelatório, ou seja, tendo o embargante a intenção manifesta em retardar o andamento do processo. No caso, os embargos opostos não revelam intuito procrastinatório ou má-fé. Dá-se provimento ao recurso para absolver a reclamada ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa. Documento digitalmente assinado, nos termos da Lei 11.419/2006, pelo Exmo. Desembargador Ricardo Carvalho Fraga. Confira a autenticidade do documento no endereço: www.trt4.jus.br. Identificador: E001.4749.2756.1005. PODER JUDICIÁRIO FEDERAL TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO ACÓRDÃO 0000775-83.2013.5.04.0305 RO Fl. 6

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:
DESEMBARGADOR RICARDO CARVALHO FRAGA (RELATOR) DESEMBARGADORA MARIA MADALENA TELESKA JUIZ CONVOCADO MARCOS FAGUNDES SALOMÃO.

As decisões dos tribunais aqui elencadas demonstram uma tendência de proteção ao trabalhador, no qual tem havido uma maior utilização da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, o que fica evidente que o ordenamento Jurídico brasileiro vem acolhendo e proferindo decisões levando em consideração a aplicação da referida teoria, mostrando que em face da realidade brasileira e da inércia do poder Legislativo e do Executivo, o Judiciário resolveu trazer para si a competência e resolver tais litígios.

Não diferente do Brasil, Portugal possui previsões constitucionais no qual resguarda os direitos dos trabalhadores e como já havia falando antes, esses direitos sofreram um processo de mitigação nos últimos anos em razão da crise econômica que havia se instalado no país⁴⁷.

A constituição Portuguesa traz previsão dos direitos dos trabalhadores em vários momentos do seu texto, iniciando pelo o Art. 47, 1⁴⁸, que trata acerca da liberdade de escolha e de profissão, bem como, os artigos 58^{o49} (direito ao trabalho), e o art 59^{o50}, faz previsão a todos os direitos dos trabalhadores, sem

⁴⁸Art 47º, 1 Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

⁴⁹Art 58º (Direito ao Trabalho)1. Todos têm direito ao trabalho.2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: a) A execução de políticas de pleno emprego; b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.

⁵⁰Art. 59º (Direito dos trabalhadores) 1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna; b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar; c) A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde;d) Ao repouso

qualquer distinção de idade, sexo, raça, cidadania, religião entre outros, e por último um direito no qual enxergamos como um direito supra para os trabalhadores que é o direito a estabilidade no emprego (no Brasil, só existe estabilidade provisórias e estabilidades para servidores públicos).

Vale Frisar que Vieira de Andrade em sua obra aduz que “ liberdade de profissão e o direito do trabalho são direitos de natureza e estrutura distintas, que se reconduzem aos “dois tipos básicos de direitos fundamentais” em que se dividem estas figuras (direitos de defesa, ou self executing e direitos sociais), os quais são “ diferentes quanto à determinação do respectivo conteúdo e, por consequência , com diversa força jurídica”⁵¹

Importante frisar que diante das grandes lutas sociais por melhores garantias nos postos de emprego, o ordenamento jurídico Português resolveu conferir uma postura de maior garantia e proteção aos trabalhadores em Portugal, hoje, no quadro mundial é um dos países que mais protegem os direitos dos trabalhadores, apesar, que em razão da recente crise que afetou o

e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas; e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego; f) A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional. 2. Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os têm direito, nomeadamente: a) O estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento; b) A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho; c) A especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas; d) O desenvolvimento sistemático de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais; e) A protecção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes; f) A protecção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes. 3. Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei.

⁵¹ Andrade. J. C. Vieira. Os Direitos Fundamentais na constituição Portuguesa de 1976, 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 2001. p.189-190.

país e por sofrer intervenção da troika muitos direitos dos trabalhadores foram mitigados⁵².

No entanto, como havia dito, o sistema português é bastante protecionista no que tange a seara juslaboral, uma vez que, reconhece e impõe o princípio da segurança no emprego ou princípio da proibição dos despedimentos sem justa causa, elevando esse princípio ao nível mais alto da pirâmide normativa, sendo previsto na constituição de Portugal em seu Art. 53⁵³, referido dispositivo é previsto desde a constituição de 1976, no entanto, sua importância foi tão relevante que a revisão constitucional de nº 1 de 1982⁵⁴, passou a integrar o aludido princípio a categoria dos direitos, liberdades e garantias, sendo reconhecido como um autentico direito fundamental, com aplicação do regime do art. 18⁵⁵ da CRP, que determina a sua aplicação imediata e a vinculação as entidade publicas e privadas.

Cumprir informar ainda, que com isso foi inovado aquela idéia antiga dos direitos fundamentais do homem, uma vez que concedeu um carácter de direito fundamental a um trabalhador subordinado, ou seja, o legislador especificou quem de direito terá o direito, afastando aquela idéia metafísica e indeterminada dos direitos fundamentais⁵⁶.

E a justificativa de tamanha proteção, segundo os estudiosos se dá ao fato de que a cessação do contrato de trabalho tem aspectos muito relevantes, se não for o mais importante dentro da tutela trabalhista, uma vez que, com o

⁵³Art. 53º da CFP “*É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibido os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos*”

⁵⁵Art. 18, da CFP “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”.

⁵⁶Nesse Sentido: Gomes Canotilho/Vital Moreira, constituição Portuguesa Anotada, 4ª Ed, Coimbra, 2007 “ A individualização de uma categoria de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de carácter pessoal e dos de carácter político, reveste um particular significado constitucional, do ponto de vista em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias, como direitos do homem ou do cidadão, genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade”.

fim do contrato de trabalho feito de forma demasiada, e sem qualquer controle, influência diretamente setores importantes da sociedade. A Professora Maria do Rosario Palma Ramalho: “A proteção do trabalhador no que toca à cessação do contrato de trabalho é um dos aspectos mais importantes- senão mesmo o aspecto decisivo- da tutela laboral, tanto por razões econômicas, como por razões de paz social e ainda por razões jurídicas”⁵⁷.

Assim, no que tange as razões econômicas, essa se revela na necessidade em que os rendimentos dos trabalhadores servem para a sua subsistência e da sua família, bem como, pelo fato de se ter um mercado de emprego estabilizado. No que concerne as razões sociais, esta se justifica pelo perigo de pôr em jogo a vida dos indivíduos uma vez que o trabalho é o meio pelo qual a sociedade cresce, e por fim, por razões jurídicas que se justifica pelo fato de existir uma hipossuficiência na relação de emprego, uma vez que o empregador é detentor da autoridade e direção no contrato de trabalho, podendo fazê-lo cessar a qualquer instante respeitando as anuências da lei, e em razão disso se observou uma forma de equilibrar essa relação, criando toda essa tutela constitucional e protecionista⁵⁸.

Como refere-se, Monteiro Fernandes, o artigo 53.º “traduz um conjunto de propósitos fundamentais, condensados na ideia-força de ‘garantia da segurança do emprego’: primeiro, com a intenção de conferir ao despedimento

⁵⁷RAMALHO, Maria do Rosario Palma, Tratado de Direito do Trabalho, Situações Laborais individuais 2º v, 5ª edição, Almedina, Lisboa, 2014, P.897.

⁵⁸Neste Sentido, RAMALHO, Maria do Rosario Palma, Tratado de Direito do Trabalho, Situações Laborais individuais 2º v, 5ª edição, Almedina, Lisboa, 2014, P.897 “Do ponto de vista económico, a tutela do trabalhador subordinado na cessão do contrato de trabalho justifica-se pelo facto de, na esmagadora maioria dos casos, o trabalhador depender dos rendimentos do trabalho para a sua sobrevivência pessoal e para a subsistência dos seus dependentes, para além de se justificar pelas vantagens económicas gerais que decorrem de um mercado de emprego dotado de estabilidade; do ponto de vista social, esta tutela justifica-se pelo facto de um ambiente de elevada instabilidade nos postos de trabalho pôr em perigo a paz social; do ponto de vista jurídico, a tutela do trabalhador perante o empregador e na posição de domínio que este ocupa no contrato, enquanto titular dos poderes laborais, com destaque para o poder disciplinar, que, na sua faceta punitiva, pode determinar a aplicação de sanção expulsa do despedimento”.

individual um carácter de excepcional gravidade e transcendência, em consonância com o seu impacto na esfera pessoal do trabalhador; e segundo, e em consequência, o desígnio de privar o empregador da “liberdade de disposição sobre as relações de trabalho”, limitando assim, incisivamente, a margem de utilização do destino do emprego como instrumento de domínio psicológico e de intensificação da supremacia patronal sobre cada trabalhador”⁵⁹.

Já o Tribunal Constitucional numa visão axiológica reconhece esta garantia de estabilidade no emprego, como sendo “ uma garantia que constitui uma manifestação essencial da fundamentalidade do direito do trabalho e da ideia conformadora de dignidade que lhe vai ligada”⁶⁰.

⁵⁹MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 11^a, Ed, Coimbra, 1999.

⁶⁰“A Constituição, no artigo 53.º, garante aos trabalhadores «a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos». Esta garantia constitui uma manifestação essencial da fundamentalidade do direito ao trabalho e da ideia conformadora de dignidade que lhe vai ligada. Por via dela se afirma em modo paradigmático a influência jus-fundamental nas relações entre privados, que não é aí apenas uma influência de irradiação objectiva, mas uma influência de ordenação directa das relações contratuais do trabalho. E é também o valor da autonomia que se realiza no programa da norma constitucional do artigo 53.º. A Constituição deixa claro o reconhecimento de que as relações do trabalho subordinado não se configuram como verdadeiras relações entre iguais, ao jeito das que se estabelecem no sistema civilístico dos contratos. A relevância constitucional do «direito ao lugar» do trabalhador envolve um desvio claro da autonomia contratual clássica e do «equilíbrio de liberdades» que a caracteriza. É que as normas sobre direitos fundamentais detêm, no plano das relações de trabalho, uma eficácia de protecção da autonomia dos menos autónomos. Aqui é evidente o desiderato constitucional de ligação da liberdade fáctica e da liberdade jurídica. A Constituição faz depender a validade dos contratos não apenas do consentimento das partes no caso particular, mas também do facto de que esse consentimento «se haja dado dentro de um marco jurídico-normativo que assegure que a autonomia de um dos indivíduos não está subordinada à do outro» (C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1984, p. 178). A segurança no emprego implica, pois, a construção legislativa de um conjunto de meios orientados à sua realização. Desde logo, estão entre esses meios a excepcionalidade dos regimes da suspensão e da caducidade do contrato de trabalho e da sua celebração a termo. Mas a proibição dos despedimentos sem justa causa apresenta-se como elemento central da segurança no emprego, como a «garantia da garantia». Enquanto pauta de valoração, que carece de preenchimento, a «justa causa» implica uma abertura hermenêutica à estrutura geral da Constituição e à ordem de valores que entranha essa estrutura. Se bem que

Diante disso, concluímos que o princípio da segurança no emprego é o meio pelo qual se garante aos trabalhadores subordinados o direito a estabilidade empregatícia, que em sua visão axiológica nada mais é do que a proteção ao direito de sua subsistência, conforme preceitua o professor Gomes Canotilho quando aduz que “ *Trata-se de uma expressão directa do direito ao trabalho, o qual, em certo sentido, consubstancia um aspecto do próprio direito a vida dos trabalhadores*”⁶¹.

Importante por fim, deixar claro que vários são os direitos trabalhistas previstos na constituição Portuguesa, no entanto, resolvemos tratar especificamente e mais a fundo daquele que estabelece de forma contundente o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, bem como, ele é a forma mais certa de demonstrar que o direito do trabalho foi incorporado aos direitos fundamentais com fim de garantir aos trabalhadores mais dignidade.

Com isso, vimos que os direitos trabalhistas são incorporados as principais constituições dos países democráticos de direito⁶², tendo previsão sobretudo, do direito à liberdade de profissão e emprego que é um meio pelo qual o homem juntamente com outros direitos se alcança a dignidade humana.

a «justa causa» se subtraia a uma definição conceptual, excluindo assim um método subsuntivo para lhe conferir operatividade, ela não pode ter-se como «fórmula vazia pseudonormativa» compatível «com todas ou quase todas as formas concretas de comportamento e regras de comportamento [...] Ao invés, contém uma ideia jurídica específica» [Karl Larenz, referindo-se às pautas de regulação que carecem de preenchimento valorativo e exemplificando precisamente com a «justa causa» (*Metodologia da Ciência do Direito*, trad. **(AC 581/95 de 22 de Janeiro. Tribunal Constitucional Português)**).

⁶¹Gomes Canotilho/Vital Moreira, constituição Portuguesa Anotada, 4ª Ed, Coimbra, 2007

⁶²Constituição da Alemanha Art 12º, Constituição da Espanha Art 35º, Constituição da Holanda Art 19º, Constituição de Cabo Verde Art 39º, Constituição da Bulgária 48º.

3. A liberdade de trabalho e de profissão

3.1. Enquadramento constitucional da liberdade de trabalho e de profissão

Inicialmente, assim como vem sendo o desenvolvimento do trabalho, deixamos claro que estamos sempre tratando do tema sob uma perspectiva do direito Brasileiro e do direito Português, razão que justifica-se pelo fato de tentar demonstrar a bagagem obtida no Brasil, pelos anos dedicados ao estudo do direito, bem como, trazendo de forma bem singela o estudo feito em Portugal.

O direito ao trabalho é sem duvida a forma pela qual se exprime a personalidade do homem, no qual é livre para escolher qualquer exercício que tenha aptidão -José João Nunes afirma que “ através do trabalho o homem, não só transforma a natureza, como se transforma a si mesmo, realiza-se como pessoa”⁶³.

A Constituição Federal brasileira aduz, no artigo 5º, inciso XIII, acerca da liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no qual deveser atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecerá.

Já a Constituição Portuguesa prevê que todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou gênero de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

O Tribunal Constitucional Português no Ac 187/01 conceitua a liberdade de trabalho e profissão sustentando que “a liberdade de escolha de profissão ou trabalho, consagrada no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição, é um direito

⁶³Abrantes, José João Nunes. O direito do Trabalho e a constituição,2008, p. 15.

subjectivo - e não só uma garantia ou fundamento da organização económica -, que não tem apenas uma dimensão negativa, de 'direito de defesa', mas inclui uma dimensão positiva ligada ao 'direito ao trabalho'. Por outro lado, inclui também um aspecto de liberdade de exercício da profissão, sem a qual a liberdade de escolha de nada valeria, e deve ser entendida em sentido amplo, de tal forma que, quando uma profissão (como a de farmacêutico) pode ser exercida de forma independente ou por conta de outrem, e ambas as formas de exercício assumem relevância social, a escolha de uma ou outra está também abrangida no âmbito de protecção do direito consagrado no artigo 47.º, n.º 1".

O Supremo Tribunal Federal do Brasil⁶⁴ e demais tribunais em diversos julgados⁶⁵ traz à liberdade de trabalho e profissão em suas decisões,

⁶⁴ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOR AO CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO TRIBUTO. FORMA OBLÍQUA DE COBRANÇA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LIBERDADE DE TRABALHO E COMÉRCIO. AGRAVO IMPROVIDO. I – Impor ao contribuinte inadimplente a obrigação de recolhimento antecipado do ICMS, como meio coercitivo para pagamento do débito fiscal, importa em forma oblíqua de cobrança de tributo e em contrariedade aos princípios da livre concorrência e da liberdade de trabalho e comércio. Precedentes. II – Agravo regimental improvido. (STF - RE: 525802 SE, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 07/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 21-05-2013 PUBLIC 22-05-2013)

⁶⁵ RECURSO DE REVISTA. CANCELAMENTO DE REGISTRO JUNTO AO OGMO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 27, § 3º, DA LEI Nº 8.630/93. PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE DE TRABALHO DO APOSENTADO (ART. 5º, XIII, CF). A partir da interpretação dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIN s 1721-3 e 1770-4, o Tribunal Pleno desta Corte, por força da Súmula Vinculante nº 10 do E. STF, na apreciação da inconstitucionalidade do artigo 27, § 3º, da Lei nº 8.630/93, conforme Incidente de Inconstitucionalidade em Agravo de Instrumento, conferiu interpretação conforme a Constituição Federal, para consagrar a tese de que a aposentadoria espontânea por tempo de contribuição não acarreta a extinção da inscrição do cadastro e do registro do trabalhador portuário. (ArgInc - 395400-83.2009.5.09.0322, Rel. Min. Pedro Paulo Manus - Dje 30.11.2.012). Nesse contexto, uma vez que o STF tem entendido que a aposentadoria espontânea não é mais causa de extinção do contrato de trabalho, não se pode dizer que a

conceituando o princípio e demonstrando a sua importância frente aos direitos fundamentais.

Pacheco Amorim aduz “que só através da liberdade de escolha de profissão se concretizaria o direito ao trabalho, na medida em que em Estado Social, só para as pessoas terem trabalho e, assim, granjear meios de subsistência, é que elas teriam o direito de escolher uma profissão, ela parte, a nosso ver de um erro de perspectiva: é um facto que quer a liberdade de trabalho e de escolha de género de trabalho, quer o direito ao trabalho, estão estreita e diretamente ligado ao direito a vida”⁶⁶

João Zenha Martins sustenta que a liberdade de trabalho e profissão teria dois sentidos e dimensões diferentes uma positiva no qual ele alega que “consiste na possibilidade de os cidadãos decidirem livremente desenvolver ou não um trabalho, traduzindo o trabalho como o resultado de uma decisão livre e consciente, ante a dimensão pessoalíssima da actividade implicada”; quanto da dimensão negativa do princípio da liberdade de trabalho e profissão trata-se da forma em que “impossibilita que o Estado ou terceiro vinculem quem quer que seja a certo trabalho em concreto ou a determinado empregador e/ou imponham o exercício de um determinado trabalho”⁶⁷

continuidade do exercício das funções de portuário é incompatível com a manutenção de seu registro nos Órgãos Gestores de Mão-de-Obra. Portanto, se o trabalhador pretende continuar prestando serviços, não pode a lei lhe tolher tal direito, uma vez que a própria Constituição prevê o livre exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão lícitos (art. 5º, XIII, da CF). Assim, impedir que o trabalhador mantenha seu registro junto ao OGMO é o mesmo que impedir o seu direito ao trabalho, indo contra, inclusive, o princípio da livre iniciativa e dos valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil (Art. 1º, IV, da CF). Recurso de revista não conhecido.(TST - RR: 14023220125090322 1402-32.2012.5.09.0322, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 02/10/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/10/2013)

⁶⁶Amorim. João Pacheco. Direito Administrativo da Economia. Vol 1. Ed Almedina. 2014.p. 267-268

⁶⁷ Martins. João Zenha. Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho. Almedina.2016 p 57-58

O direito à liberdade de profissão é um direito previsto em todas as nações que defendem um Estado Democrático de Direito assim como no Brasil e em Portugal como citamos acima, esse direito encontra-se previstos em diversas constituições de países democráticos, a exemplo da Constituição da Alemanha no Art 12º, da Constituição da Espanha no Art 35º, da Constituição da Holanda no Art 19º, da Constituição de Cabo Verde no Art 39º, e da Constituição da Bulgária no 48º⁶⁸.

Jorge Miranda⁶⁹ aduz que a liberdade de trabalho e profissão significa primeiramente liberdade de trabalho “latíssimo sensu” e que compreende dois lados um positivo⁷⁰ e um negativo⁷¹, argumenta ainda que a liberdade de profissão decompõe-se em:

“ 1º direito de escolher livremente sem impedimentos, nem discriminação qualquer profissão; 2º direito de acesso a formação escolar correspondente; 3º direito de acesso a preparação técnica e as modalidades de aprendizagem e da prática profissional que sejam necessárias; 4º direito ao acesso aos requisitos necessários a promoção na carreira profissional; 5º direito de escolher uma especialidade profissional e de obter as necessárias habilitações; direito de mudar de profissão”

⁶⁸ GOMES. Canotilho/Vital Moreira, constituição Portuguesa Anotada, 4ª Ed, Coimbra, 2007.

⁶⁹ MIRANDA, JORGE. Constituição da República Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra. 2010.

⁷⁰ “positivamente a liberdade de escolha e de exercício de qualquer gênero ou modo de trabalho que não seja considerado ilícito pela lei penal, possua ou não esse trabalho caráter profissional, seja típico ou atípico, permanente, temporário ou sazonal, seja independente ou subordinada, esteja estruturalmente definido ou não”.

⁷¹ “negativamente, a interdição de trabalho obrigatório, a impossibilidade de o estado vincular quem quer que seja a certo gênero de trabalho, profissão ou não a certo e determinada empresa ou a certo trabalho coletivo”

A liberdade de profissão é um direito próprio e particular de cada indivíduo e está relacionada às suas vocações e aptidões, devendo de acordo com os preceitos constitucionais ser restringida, apenas, quando se tratar de uma exigência da lei, no qual poderá fazer previsões que para o exercício da referida e determinada profissão o sujeito deverá atender a determinados requisitos e qualificações, a exemplo temos a obrigatoriedade do Bacharel em direito para exercer livremente a advocacia, necessita ser submetido ao exame da Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive, referida restrição ao exercício da advocacia foi alvo de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal por meio do RE 603583⁷² que entendeu através do voto do Ministro relator que o dispositivo questionado do Estatuto da Advocacia não afronta a liberdade de ofício prevista no inciso XIII, artigo 5º da Constituição Federal⁷³

⁷² Petição/STF nº 72.760/2011 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: Naor Reinaldo Arantes, bacharel em Direito e presidente nacional da Organização dos Acadêmicos e Bacharéis do Brasil OABB, entidade coordenadora legal do Movimento Nacional dos Bacharéis em Direito MNBD, requer a admissão no processo como interessado. Alega ser atuante no debate contra o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme os documentos anexados. Apresenta procuração. Consigno que os mencionados documentos não acompanharam a peça. O Tribunal, em 11 de dezembro de 2009, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria versada no extraordinário a constitucionalidade do artigo 8º, § 1º, da Lei nº 8.906/94 e dos Provimentos nº 81/96 e 109/05 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no que condicionam o exercício da advocacia à prévia aprovação no Exame da Ordem. O processo encontra-se no Gabinete. 2. Regularize o requerente o quadro. 3. Publiquem. Brasília, 13 de outubro de 2011. Ministro MARÇO AURÉLIO Relator (STF - RE: 603583 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 13/10/2011, Data de Publicação: DJe-203 DIVULG 20/10/2011 PUBLIC 21/10/2011)

⁷³ “A votação acompanhou o entendimento do relator, ministro Marco Aurélio, no sentido de que a prova, prevista na Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), não viola qualquer dispositivo constitucional. Concluíram desta forma os demais ministros presentes à sessão: Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. O recurso foi proposto pelo bacharel João Antonio Volante, que colocou grau em 2007, na Universidade Luterana do Brasil (Ulbra), localizada em Canoas, no Rio Grande do Sul. No RE, ele afirmava que o exame para inscrição na OAB seria inconstitucional, contrariando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do livre exercício das profissões, entre outros. O relator do caso, **ministro Marco Aurélio**, considerou que o dispositivo questionado do Estatuto da Advocacia não afronta a liberdade de ofício prevista no

inciso XIII, artigo 5º, da Constituição Federal, conforme argumentava o bacharel em direito autor do recurso. Para o ministro, embora o referido comando constitucional impeça o Estado de opor qualquer tipo de embaraço ao direito dos cidadãos de obter habilitação para a prática profissional, quando o exercício de determinada profissão transcende os interesses individuais e implica riscos para a coletividade, “cabe limitar o acesso à profissão em função do interesse coletivo”. “O constituinte limitou as restrições de liberdade de ofício às exigências de qualificação profissional”, afirmou o ministro Marco Aurélio, ao citar o próprio inciso XIII, artigo 5º, da Carta Magna, que prevê para o livre exercício profissional o respeito às qualificações estabelecidas em lei. Primeiro a seguir o voto do relator, o **ministro Luiz Fux** apontou que o exame da OAB caminha para a inconstitucionalidade se não forem criadas formas de tornar sua organização mais pluralista. “Parece plenamente razoável que outros setores da comunidade jurídica passem a ter assento nas comissões de organização e nas bancas examinadoras do exame de Ordem, o que, aliás, tende a aperfeiçoar o certame, ao proporcionar visão mais pluralista da prática jurídica”, disse. Para Fux, manter a elaboração e organização do exame somente nas mãos de integrantes da OAB pode suscitar questionamentos em relação à observância, pela entidade, de princípios democráticos e republicanos. “Cumpra à OAB atender às exigências constitucionais de legitimação democrática da sua atuação, que envolve, entre outros requisitos, a abertura de seus procedimentos à participação de outros seguimentos da sociedade”, reiterou. Para o ministro, a forma como o exame é produzido atualmente é uma “falha” que acarretará, no futuro, “a efetiva inconstitucionalidade da disciplina do exame da OAB”. Antes, porém, ele afirmou que o exame em si é a medida adequada à finalidade a que se destina, ou seja, a “aferição da qualificação técnica necessária ao exercício da advocacia em caráter preventivo, com vistas a evitar que a atuação do profissional inepto cause prejuízo à sociedade”. Luiz Fux ressaltou que o desempenho da advocacia por um indivíduo de formação deficiente pode causar prejuízo irreparável e custar a um indivíduo a sua liberdade, o imóvel em que reside ou a guarda de seus filhos. “Por essas razões, existe justificação plausível para a prévia verificação da qualificação profissional do bacharel em direito para que possa exercer a advocacia. Sobreleva no caso interesse coletivo relevante na aferição da capacidade técnica do indivíduo que tenciona ingressar no exercício profissional das atividades privativas do advogado”, disse. Ele complementou que “fere o bom senso que se reconheça à OAB a existência de autorização constitucional unicamente para o controle *a posteriori* da inépcia profissional, restringindo sua atribuição nesse ponto a mera atividade sancionatória”. Também acompanhando o relator, a **ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha** fez breves considerações sobre a matéria. Ela frisou que o exame da OAB atende plenamente a regra constitucional que condiciona a liberdade ao trabalho ao atendimento de qualificações profissionais estabelecidas em lei (inciso XIII do artigo 5º da Constituição). O Estatuto da Advocacia, acrescentou ela, foi produzido coerentemente com o que a sociedade, em um Estado democrático, exige da OAB. A ministra afirmou ainda que os provimentos previstos no Estatuto (parágrafo 1º do artigo 8º da Lei 8.906/94) são necessários para regulamentar os exames. “O provimento foi a fórmula

encontrada para que a OAB pudesse, o tempo todo, garantir a atualidade da forma de qualificação a ser exigida”, disse. Em seguida, o **ministro Ricardo Lewandowski** disse que se aplica ao caso a chamada “teoria dos poderes”, desenvolvida em 1819 na Suprema Corte norte-americana. Reza essa tese que, quando se confere a um órgão estatal determinadas competências, deve-se conferir-lhe, também, os meios para executá-las. Em sintonia com essa teoria, portanto, conforme o ministro, o Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94), com base no artigo 22, inciso XVI, da Constituição Federal, ao regular o exercício da advocacia, conferiu à OAB os poderes para que o fizesse mediante provimento. No mesmo sentido, segundo ele, o artigo 44, inciso II, do Estatuto da Ordem é claro, ao atribuir à entidade a incumbência de “promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”. Por seu turno, o **ministro Ayres Britto** destacou que o fato de haver, na Constituição Federal, 42 menções à advocacia, à OAB e ao Conselho Federal da OAB já marca a importância da advocacia em sua função de intermediária entre o cidadão e o Poder Público. Ele citou, entre tais passagens constitucionais, o artigo 5º, inciso XIII, que dispõe ser livre o exercício de qualquer trabalho, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Portanto, segundo Ayres Britto, o dispositivo faz uma mescla de liberdade com preocupação social, que é justamente o que ocorre com o exame contestado no RE, pois, segundo o ministro, ele é “uma salvaguarda social”. O ministro ressaltou, também, o artigo 133 da CF, uma vez que esse dispositivo estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Também se manifestando pelo desproimento do RE, o **ministro Gilmar Mendes** disse que a situação de reserva legal qualificada (o exame da OAB) tem uma justificativa plena de controle. No seu entender, tal controle não lesa o princípio da proporcionalidade, porque o exame contém abertura bastante flexível, permitindo aos candidatos participarem de três exames por ano. Quanto às críticas sobre suposto descompasso entre o exame da OAB e os currículos das faculdades de direito, Gilmar Mendes disse acreditar que essa questão pode ser ajustada pela própria OAB, em articulação com o Ministério da Educação, se for o caso. Para o decano da Corte, **ministro Celso de Mello**, é lícito ao Estado impor exigências com “requisitos mínimos” de capacidade, estabelecendo o atendimento de certas qualificações profissionais, que sejam condições para o regular exercício de determinado trabalho, ofício ou profissão. Segundo o ministro, as prerrogativas dos advogados traduzem meios essenciais destinados a proteger e amparar os “direitos e garantias” que o direito constitucional reconhece às pessoas. Ainda de acordo com o ministro Celso de Mello, a legitimidade constitucional do exame da ordem é “plenamente justificada”, principalmente por razões de interesse social. Para o decano, os direitos e garantias individuais e coletivas poderão resultar frustrados se for permitido que pessoas “despojadas de qualificação profissional” e “destituídas de aptidão técnica” – que são requisitos “aferíveis, objetivamente pela prova de suficiência ministrada pela Ordem dos Advogados do Brasil” – exerçam a advocacia, finalizou o ministro, acompanhando integralmente o voto do relator”

Pacheco Amorim em sua obra, tentando trazer o conceito constitucional de profissão, acaba trazendo vários pensamentos doutrinários acerca do tema, como o pensamento de Gomes Canotilho, Vital Moreira, no qual ele afirma que para os dois autores a Liberdade de Profissão é “um componente da liberdade de trabalho” no qual todas as atividades que não forem ilícitas, e que abrange “as profissões principais, secundárias, típicas, profissões livres, autônomas e não autônomas e as Estadualmente vinculadas”. Conclui o autor que “só pode ser concebível como profissão se implicar uma dedicação imediata, uma entrega pessoal e direta da parte do mesmo indivíduo para o seu desenvolvimento, supondo esta destinação a recepção pelo constituinte da contraposição tradicionalmente consagrada no direito privado entre empresa e a profissão liberal”⁷⁴

Como vimos à liberdade de optar por qualquer profissão é um direito inviolável. No entanto, a liberdade do exercício poderá sofrer restrição do Estado, desde que tenha como finalidade a proteção da vida, da saúde, da segurança, a dignidade entre outros direitos fundamentais.

Ferreira Leite, explicita bem acerca da liberdade de profissão, demonstrando que o Estado deve em razão da proteção dos direitos fundamentais fiscalizar e restringir não só profissionais liberais, mas outros ramos como hotéis, produção de produtos farmacêuticos, entre outros⁷⁵.

⁷⁴Amorim. João Pacheco. Direito Administrativo da Economia. Vol 1. Ed Almedina. 2014 p267-272-274

⁷⁵“No que tange à escolha de profissões, a liberdade é inviolável, porém é legítimo o poder de polícia para legalizar e permitir in totum a admissão e o exercício da profissão. Determinadas profissões exigem habilitações especiais para o seu exercício (advocacia, medicina, engenharia etc.); outras atividades preveem condições materiais adequadas (p. ex., estabelecimentos de ensino) para seu funcionamento. Não somente as atividades liberais estão sujeitas à vigilância do poder de polícia, mas também outras, por razões de segurança pública (hospedagem, hotéis, indústrias pirotécnicas), como por motivo de saúde (produção de produtos farmacêuticos, como afinal por motivos de polícia penal, vedando a prática de crimes

Com isso, verificamos que a liberdade de profissão prevista como um direito fundamental nas constituições democráticas integra de maneira essencial o rol de direitos que devem ser velados pelo Estado, buscando atingir que o homem possa através do seu esforço, suor e dedicação se manter de forma honrosa e digna.

e contravenções). Quando o exercício de determinada atividade concerne ao interesse público, exigindo regulamentação, a parte pode recorrer à justiça, caso julgue arbitrária a regulamentação” (FERREIRA apud LEITE, 2006, p. 49).

3.2. A liberdade de trabalho e de profissão como um direito fundamental pessoal

Por muitos anos, em determinados momentos da história o homem foi visto como coisa, na antiguidade o trabalho escravo era permitido e o homem não tinha personalidade jurídica, era apenas tratado como objeto para realizar trabalhos forçados, sob pena de ser castigado por seus “donos” em caso de descumprimento de ordens.

Baseando-se nesse passado escravocrata e diante de muitas lutas o direito a liberdade de trabalho foi ganhando força passando a ser visto como um direito fundamental do homem, tendo este o livre arbítrio de escolher se quer trabalhar, onde trabalhar e pra quem trabalhar.

No entanto, mesmo com a proteção do estado quanto a liberdade, sobretudo, a liberdade de trabalho, em dias atuais ainda encontramos situações análogas a escravidão, no Brasil, diferentemente dos países europeus, ainda existe uma grande diferença de classes sociais, nos quais as pessoas muitas vezes se submetem a trabalhos precários para que possam sobreviver, o Estado Brasileiro, sobretudo, a Justiça do trabalho no Brasil repudiar de forma efetiva esse tipo de “contrato de Trabalho” inclusive existe varias decisões do judiciário combatendo essas condutas⁷⁶, sem menciona

⁷⁶AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. CONDUTA INTOLERÁVEL. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Demonstrado que o empregador, proprietário rural, contratava trabalhadores por intermédio de "gato" e mantinha-os em condições degradantes, alojados precariamente em casebre inacabado, sem água potável e alimentação adequada, apurando-se, ainda, a existência de servidão por dívidas, expediente que afronta a liberdade do indivíduo, que se vê coagido moralmente a quitar "dívidas" contraídas em decorrência da aquisição dos instrumentos de trabalho, resta caracterizada a submissão dos contratados a condições análogas às de escravo, o que exige pronta reprimenda do Judiciário a fim de restaurar a ordem jurídica lesada.

(TRT-3 - RO: 00742201208403004 0000742-41.2012.5.03.0084, Relator: Rogerio Valle Ferreira, Sexta Turma, Data de Publicação: 26/11/2012,23/11/2012. DEJT. Página 252. Boletim: Sim.)

casos de a exploração de pessoas a trabalhos subhumanos com condições análogas a escravidão.⁷⁷

Historicamente a liberdade de profissão em Portugal⁷⁸, era vista inicialmente, e na vigência da constituição liberal de 1933, como liberdade do comércio e da indústria, com a vigência da Constituição de 1976 as referidas liberdades foram identificadas de forma distintas, passando a integrar o texto da carta magna em artigos diferentes, sendo reconhecidas de forma separadamente, e a liberdade de profissão passando a integrar o capítulo de direitos liberdades e garantias pessoais.

Hoje, atualmente a liberdade de profissão, integra a categoria dos direitos, liberdades e garantias, tornando-se de fato um direito fundamental.

No Brasil, como dito anteriormente, integra o texto dos direitos e garantias fundamentais, sendo reconhecido como um direito fundamental.

⁷⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGENCIAMENTO DE PESSOAS PARA TRABALHO NO EXTERIOR. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. INDÍCIOS. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. 1. Os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser preservados acima de qualquer outro. 2. Havendo indícios de que as vítimas eram mantidas no exterior, em condições de trabalho análogas às de escravo, cuja caracterização independe de coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, ainda que não confirmada efetivamente a existência do tipo penal citado, diante da gravidade da situação em análise e com base no poder geral de cautela do juiz, é de rigor a manutenção da decisão que obrigou os réus a se absterem de realizar e/ou intermediar, por si ou por interpostas pessoas/empresas, novas negociações destinadas a recrutar e encaminhar pessoas ao exterior e fixou multa por descumprimento. 3. Agravo de instrumento não provido, restando prejudicado o agravo regimental interposto.

(TRF-3 - AI: 21150 SP 0021150-95.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, Data de Julgamento: 21/05/2013, PRIMEIRA TURMA)

⁷⁸MIRANDA, JORGE. Constituição da Republica Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra.2010

3.3. As restrições à liberdade de trabalho e de profissão e os seus Fundamentos

Como os demais direitos fundamentais, a liberdade de trabalho também é passível de restrições, como vimos tem previsão legal em seu texto constitucional, tanto na Constituição brasileira em seu artigo 5º, XIII, bem como, na Constituição de Portugal no art 47º.

As restrições decorrem de lei, por exigência do princípio da legalidade, uma vez que não se pode conceber uma liberdade irrestrita de trabalho, sem exigências mínimas.

Hoje há um entendimento consensual na doutrina e na jurisprudência que em razão do interesse público o exercício de determinadas profissões deve sofrer restrições, mas a questão que se coloca é até onde o legislador pode ir para restringir certas liberdades de profissão, até onde o Estado pode intervir na vida das pessoas e nas suas liberdades em nome de um interesse “coletivo”.

A doutrina para justificar essas restrições se utiliza sempre do princípio da legalidade, no qual por exigência de lei é necessário restringir a liberdade de profissão, trazendo sempre exemplos como a arquitetura, a medicina e engenharia civil, e a advocacia, uma vez que todas essas profissões são regulamentadas por meio de lei, o exemplo clássico é que para o exercício da advocacia necessita-se de aprovação no exame da ordem.

O Tribunal Constitucional Português por meio do AC 474/89 sustentou que “nem a liberdade de escolha de profissão nem a liberdade de iniciativa privada [...] são direitos absolutos e legalmente incondicionáveis, mas antes - nos termos expressos, tanto do artigo 47.º, n.º 1 (quanto ao primeiro), como do artigo 61.º, n.º 1 (quanto ao segundo), da Constituição - sujeitos, no seu exercício, às 'restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à

[...] própria capacidade dos interessados' (artigo 47.º, n.º 1) ou ao enquadramento legalmente definido (artigo 61.º, n.º 1)".

No entanto, o que vimos é que nem todas as profissões precisam de regulamentação, seria legalismo demais admitir isso, no entanto, boa parte da doutrina acredita nisso.

É certo que o exercício de muitas profissões como o da medicina necessita de regulamentação, uma vez que envolve o interesse público e a saúde da coletividade, no entanto, generalizar, deixar ao bel prazer do Estado e do legislador regulamentar tudo, seria no mínimo uma inevitável descaracterização da liberdade de profissão, assegurado como um direito fundamental do homem.

Nesse tema existe essa questão que nos preocupa bastante, uma vez que existe como já comentamos acima, profissões que necessitam serem regulamentadas por leis infraconstitucionais, no entanto, existe outras profissões que não envolve um interesse público direto, e argumentar que todas as profissões precisariam de limitações e regulamentações é minimizar a eficácia da liberdade de trabalho

É certo que profissões que lidam com um interesse coletivo requer uma certo cuidado, voltando a exemplo da medicina de fato, é necessário requisitos específicos para o seu exercício, mas isso não a faz mais importante do que a profissão de cabeleireiro que em tese não precisaria de regulamentação alguma, o que vemos no dia de hoje é que o estado busca regulamentar todo e qualquer tipo de profissão, exigindo muitas vezes cursos específicos, no qual não se tem necessidade, muitas vezes as pessoas tem somente aptidão para tal exercício e limitá-lo, é limitar a liberdade de trabalho.

Nesse sentido Sampaio Dória⁷⁹ aduz que:

"A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa

⁷⁹SAMPAIO, Dória. Comentários à Constituição, v. 4, p. 637.

social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, pilotos de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico-operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas”

Um exemplo clássico aconteceu na década de 60 aqui no Brasil, onde um músico foi impedido de tocar um instrumento musical, e trabalhar, uma vez que esse não era inscrito nos quadros da Ordem de Música Brasileira, e que seu exercício de profissão estava condicionado ao pagamento da anuidade da OMB, para assim ter livre exercício da profissão, o músico, que tem um dom, uma aptidão para tocar instrumentos musicais, seria impedido de exercer livremente o seu trabalho por não pagar uma anuidade, ou por não ser aprovado na prova de aptidões mínimas, existe no Brasil ainda hoje, um alto nível de analfabetismo o que leva muitas pessoas a não terem instruções suficientes para realizar algum tipo de prova, mas que isso não as impedem de saber por exemplo tocar um violão, um piano, o fato de um músico não saber ler as notas e as partituras musicais, não lhe impede de tocar e fazer daquilo o seu exercício de profissão.

Outro caso sobre restrições legais a liberdade de trabalho e de profissão, e liberdade empresarial, encontramos no julgado do Tribunal Constitucional Português, no caso do Farmacêutico no AC 187/01, qual foi questionado se para ser proprietário de um estabelecimento de Farmácia deveria seu proprietário ser Farmacêutico, o colendo Tribunal constitucional de forma esclarecedora, trouxe o contexto histórico⁸⁰ acerca do tema, bem como,

⁸⁰ “Tal como no Acórdão 76/85, convém começar por “fazer um breve relance sobre os fundamentos do regime legal vigente nesta matéria, da sua historicidade e da sua consonância

no plano comparado".⁵ - Já em 1521, o Regimento do Físico-Mor do Reino estabeleceu que só os "boticários" - com carta passada pelo físico-mor do reino, após exame perante um júri composto pelos físicos da corte e pelos boticários do rei e da rainha - poderiam "assentar botica". No mesmo sentido dispôs o Regimento dos Boticários de Lisboa, reformado em 1572, bem como outra legislação posterior até ao Decreto de 18 de Setembro de 1844, que organizou e regulou o funcionamento das repartições de saúde pública, estabelecendo sanções (incluindo o fecho do estabelecimento) para quem "não sendo farmacêutico aprovado tiver botica aberta ou simplesmente vender ou manipular medicamentos" e exigindo, para a abertura de botica, carta de farmacêutico habilitado, licença de saúde e matrícula junto da autoridade local de saúde e do provedor de saúde do distrito. A Carta de Lei de 13 de Julho de 1882 veio permitir a substituição temporária do "farmacêutico legalmente habilitado" por "aspirante de farmácia com quatro anos, pelo menos, de boa prática registada, mantendo, embora formalmente, o princípio de que só os farmacêuticos podiam ser proprietários de farmácias. No século XX, o Decreto 9431, de 16 de Fevereiro de 1924, reagindo a "abusos e irregularidades tão atentatórias da saúde pública como de interesses legítimos", impôs, no seu artigo 1.º, que "todas as farmácias abertas ao público [...] serão dirigidas por um farmacêutico legalmente habilitado, seu proprietário ou gerente técnico". Posteriormente, o Decreto 13 470, de 12 de Abril de 1927, veio representar um outro passo no caminho que conduziria, em 1933, à plena consagração do "princípio da indivisibilidade" entre a propriedade e a direcção técnica da farmácia - assim, Guilherme Braga da Cruz, Propriedade da Farmácia (Estudo Crítico sobre um Parecer da Câmara Corporativa), Porto, 1964, p. 14 -, dispondo no seu artigo 4.º que "nenhuma farmácia ou laboratório de produtos farmacêuticos poderá estabelecer-se, depois da publicação da presente lei, sem que o farmacêutico que a ela presida seja seu proprietário ou co-participante da empresa que explora o estabelecimento". Logo em 1929, porém, o Decreto 17 636, de 19 de Novembro, veio admitir o acesso de qualquer pessoa à propriedade das farmácias, dissociando a propriedade da direcção técnica, embora por pouco tempo - pelo menos segundo uma certa interpretação de tal diploma (sustentando, porém, que ele não revogou o anterior artigo 4.º do Decreto 13 470, "porque, pura e simplesmente, não toma posição a respeito do problema da propriedade da farmácia", cf. G. Braga da Cruz, ob. cit., pp. 15-16). Quatro anos depois, o artigo 1.º do Decreto-Lei 23 422, de 29 de Dezembro de 1933, veio novamente prever que "nenhuma farmácia pode estar aberta ao público sem que o farmacêutico, seu director técnico, seja seu proprietário no todo ou em parte, por associação com outro ou outros farmacêuticos", instituindo um regime transitório para as farmácias preexistentes que não estivessem nessas condições. A Lei 2125, de 20 de Março de 1965, e o Decreto-Lei 48 547, de 27 de Agosto de 1968 - com o princípio da indivisibilidade entre a propriedade da farmácia e a respectiva gerência técnica, que consagraram, ainda em vigor e objecto do presente pedido de apreciação de constitucionalidade -, surgiram no termo de uma evolução legislativa nem sempre linear, mas com raízes anteriores ao século XX. E daí a conclusão, que se enunciava no Acórdão 76/85 deste Tribunal, de que "pode afoitamente afirmar-se que a tradição do nosso ordenamento jurídico [...] é no sentido de limitar o acesso à

demonstrou como é o entendimento acerca do caso em alguns países da Europa⁸¹, entendendo ao final que “Com o regime da reserva da propriedade

propriedade das farmácias, restringindo-o aos detentores do título académico de farmacêutico”. Não sendo tal argumento histórico decisivo, não há, no presente contexto, que aprofundar a fundamentação de tal conclusão, analisando, designadamente, em que medida textos legais mais antigos se poderiam ter bastado com a existência de um farmacêutico para o funcionamento da farmácia. Seja como for, é indubitável que a solução de reserva da propriedade da farmácia para o farmacêutico - e indivisibilidade de princípio da propriedade e da direcção técnica - vigora no nosso ordenamento jurídico, pelo menos, já desde a década de 30 do século passado”. (AC 187/01)

⁸¹ “ No mesmo passo do Acórdão 76/85, agora citado, adiantava-se que tal tradição era também partilhada pelos “países da Europa Ocidental, entre os quais se contavam aqueles cujas opções de política legislativa são historicamente mais próximas das nossas”. Assim era então, e continua a sê-lo hoje, mais de 15 anos volvidos, registando-se os desenvolvimentos do então apresentado. Pode, na verdade, afirmar-se que, na generalidade dos países da Europa continental, a propriedade da farmácia se encontra reservada a detentores de título de farmacêutico. Em Espanha, o n.º 4 do artigo 103 da Ley 14/1986, de 25 de Abril (Ley General de Sanidad), dispõe que “só os farmacêuticos podem ser proprietários e titulares de farmácias abertas ao público”, e a Ley 16/1997, de 25 de Abril de 1995 (Ley de Regulación de las Oficinas de Farmacia), estabelece no n.º 1 do seu artigo 4 que “a transmissão das farmácias só poderá realizar-se a favor de outro ou outros farmacêuticos”, sublinhando-se, no seu preâmbulo, que com tal regulamentação de transferência de farmácias se ratificava o critério legal tradicional. Em França, o artigo L.514 do Code de la santé publique, na redacção da Lei 94-43, de 18 de Janeiro de 1994, prevê que só se pode exercer a profissão de farmacêutico com diploma universitário da especialidade, e o artigo L. 512, na redacção da ordonnance n.º 59-250, de 4 de Fevereiro de 1959, reserva aos farmacêuticos, entre outras actividades, “a preparação de medicamentos destinados a utilização na medicina humana [1.º], a venda por grosso, a venda a retalho e toda a dispensa ao público de medicamentos [...] [4.º]”. Por sua vez, o artigo L.570-1, na redacção da Lei 94-43, de 18 de Janeiro de 1994, determina que só os farmacêuticos habilitados “podem, individualmente ou em sociedade, criar uma farmácia ou adquirir uma farmácia aberta há menos de três anos”, enquanto o artigo L.580, na redacção da Lei 75-1226, de 26 de Dezembro de 1975, fixa em dois anos o prazo máximo de manutenção da abertura, sob a direcção de um farmacêutico autorizado, de uma farmácia cujo proprietário tenha falecido, fixando em um ano o prazo máximo de ausência do seu titular, ainda que substituído de forma regular. No direito italiano, a actividade farmacêutica é considerada de interesse público, discutindo-se mesmo a natureza do serviço farmacêutico como serviço público (v., por exemplo, Guido Landi, “Farmácia”, in Enciclopedia del Diritto, vol. XVI, 1967, pp. 837 e 840 e segs., com indicações históricas). A propriedade privada das

farmácias depende de uma licença, a atribuir por concurso público, no qual apenas podem participar pessoas inscritas na associação profissional de farmacêuticos, exigindo-se, também, determinados requisitos relativos à experiência profissional (artigo 3.º da Lei 475, de 2 de Abril de 1968; v., para mais indicações, Marcela Gola, "Farmacia e farmacisti", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, t. VI, p. 238). Na Alemanha, os §§ 7, 8 e 9 da *Gesetz über das Apothekenwesen* (de 23 de Agosto de 1984) regulam a propriedade da farmácia, reservando-a também a farmacêuticos. Cada farmacêutico não pode ser proprietário de mais de uma farmácia, mas não existe condicionamento da instalação da farmácia por critérios demográficos. O Tribunal Constitucional alemão foi chamado por diversas vezes a pronunciar-se sobre a conformidade à Lei Fundamental do regime da propriedade da farmácia. Assim, na sua decisão de 11 de Junho de 1958 (primeiro *Apotheken-Urteil*, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, pp. 377 e segs.), declarou inconstitucionais, por violação da liberdade de profissão, normas que condicionavam a instalação de farmácias na Baviera à existência de necessidades de abastecimento de medicamentos e à não perturbação do funcionamento de outras farmácias concorrentes. Na sua decisão de 13 de Fevereiro de 1964 (*Entscheidungen...*, cit., vol. 17, pp. 232 e segs.; v., também, mais recentemente, sobre a publicidade da farmácia, a decisão de 22 de Maio de 1996, no vol. 94, pp. 372 e segs.) diversamente, considerou que a limitação objectiva a uma farmácia por farmacêutico não era inconstitucional, sendo justificada pelas finalidades que o legislador prossegue com o regime de propriedade da farmácia (e referindo-se, embora como *obiter dictum*, também à justificação do modelo "Apotheker in seiner Apotheke"). Também na Áustria a propriedade da farmácia pertence obrigatoriamente a farmacêuticos (*Apothekengesetz*, § 12). A mesma solução é ainda a que vigora na Dinamarca (lei de 1994), na Finlândia, na Holanda, no Luxemburgo (lei de 31 de Julho de 1991) e na Grécia (Lei 1963, de 20 de Setembro de 1991). Na Suécia, diversamente, a propriedade das farmácias é pública, apenas competindo ao farmacêutico a sua exploração, por um período de tempo determinado. O regime de livre propriedade da farmácia é, porém, o que vigora, no continente europeu, na Suíça e na Bélgica, onde a propriedade das farmácias foi regulamentada pelo *Arrêté Royal* n.º 78, de 10 de Novembro de 1967 (*Arrêté Royal* n.º 78, "relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales"), alvo de sucessivas revisões, designadamente no artigo 4.º (a última das quais pela lei de 13 de Maio de 1999), que estabelece, no seu § 1, que a arte farmacêutica não pode ser exercida a não ser por quem seja portador de um diploma legal de farmacêutico. O regime de livre propriedade é também, por outro lado, o que vigora no Reino Unido e na Irlanda. Pode, pois, concluir-se, deste breve panorama comparatístico, que, nos países europeus que admitem a propriedade privada das farmácias - a grande maioria dos países que nos são mais próximos -, a limitação da propriedade a farmacêuticos (directamente ou através de pessoas colectivas) constitui também a solução maioritária, sendo de destacar, em sentido diverso, sobretudo o modelo "liberalizante" britânico, que admite que quaisquer pessoas (incluindo, por exemplo, sociedades que dominem cadeias de distribuição comercial) possam ser proprietárias de farmácias" (AC 187/01) .

para os farmacêuticos, e concomitante indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica, visa-se, também, salvaguardar, no maior grau possível, a liberdade e independência profissional do farmacêutico no exercício da sua actividade”⁸².

⁸²“ Como se disse no citado Acórdão 76/85, a aceitar-se a dissociação entre a propriedade da farmácia e a sua direcção técnica, o seu director "teria o estatuto de trabalhador por conta de outrem, ao serviço do proprietário do estabelecimento, ficando sujeito ao conjunto dos poderes patronais comuns, designadamente ao poder de direcção e ao poder disciplinar, sobre ele recairiam os deveres característicos da situação de trabalhador por conta de outrem, dos quais merecem destaque o dever de obediência, o dever de lealdade e o dever de não lesar os direitos patrimoniais da entidade patronal". Tal poderia prejudicar a independência do farmacêutico no exercício da sua profissão, que é, portanto, de forma mais intensa assegurada pela reunião numa e mesma pessoa das qualidades de proprietário e director técnico. Contrapõe-se a este argumento que ele assentaria no pressuposto de uma efectiva indivisibilidade de propriedade e direcção técnica e de que existiria "incompatibilidade entre independência deontológica e relação de trabalho por conta de outrem", sendo que ambos seriam falsos: o primeiro por força das excepções constantes do Decreto-Lei 48 547, de 27 de Agosto de 1968; o segundo por ser "a independência profissional que limita a dependência laboral, e não esta que limita aquela". Tal como acontecia com a finalidade de prossecução do objectivo de saúde pública, entende-se, porém, que tais objecções não bastam para, sem mais, descartar a consideração do objectivo de favorecer, de forma mais perfeita, a independência profissional do farmacêutico, visado pelas normas em análise, para as justificar à luz do princípio da proporcionalidade. Depois do que se disse sobre o sentido do controlo a levar a cabo por este Tribunal, já se deixa ver, na verdade, que essas objecções, podendo também constituir pontos de vista relevantes para a discussão em sede de política legislativa, deixam escapar o essencial para a questão de constitucionalidade. É, na verdade, evidente que para esta o decisivo não é apurar se existe qualquer "incompatibilidade" entre independência deontológica e relação de trabalho por conta de outrem (e já se disse que não). O que está em causa é, antes, apurar se é razoável ou não o entendimento, que é o do legislador, de que a liberdade e a independência profissional do farmacêutico são melhor protegidas se o farmacêutico for não apenas um director técnico a trabalhar por conta de outrem mas antes, ele próprio, proprietário do estabelecimento. Ou inversamente: também aqui está em causa averiguar se o princípio da proporcionalidade, conjugado com o direito de propriedade (ou a liberdade profissional), impõe ao legislador que, ao prosseguir a finalidade de assegurar a independência profissional do farmacêutico enquanto profissional liberal, vinculado a uma certa deontologia, abstraia da circunstância de se estar perante uma relação de trabalho por conta

Assim, é importante deixar claro que, as restrições do exercício de profissão devem ser visto caso a caso, é certo que a profissionalização e o aperfeiçoamento torna o homem mais capaz de exercer determinadas profissões porque teoricamente existe um estudo técnico ou científico naquela área, mas o estado não pode alegar essa justificativa de forma geral, pois acabaria limitando um direito fundamental.

de outrem (que criou o posto de trabalho e paga o salário) ou perante o exercício da profissão como farmacêutico independente (com coincidência entre direcção técnica e propriedade). Ora, pode admitir-se que o regime das normas em questão não representa, porventura, o único possível. Mas já não é razoável pretender-se que é indiferente, para a aludida finalidade, o exercício da profissão de farmacêutico como empresário por conta própria ou como trabalhador por conta de outrem. É evidente que a primeira dá acrescidas garantias de independência, desde logo, não tendo nessa situação o farmacêutico que considerar as consequências que podem advir, para a sua relação com o proprietário, da forma como exerce a profissão. Conclui-se, assim, pela improcedência da alegação de que a alternativa indivisibilidade entre propriedade e direcção da farmácia que estamos a considerar - livre propriedade, com subordinação jurídica do farmacêutico ao proprietário - possibilita a prossecução, de forma igualmente intensa, da finalidade de garantir a independência profissional do farmacêutico. E pode concluir-se, também, que o regime legal não é inadequado nem desnecessário para a finalidade visada. Nem depõe, sequer, contra a conclusão evidenciada, o número limitado de excepções à indivisibilidade entre a propriedade e a direcção técnica, previstas nas alíneas do artigo 84.º, n.º 1, do Decreto-Lei 48 457. Tais excepções, em parte transitórias [assim, pelo menos os casos das alíneas a) e c)], têm fundamentos objectivos [e, no caso da alínea e), apreciado caso a caso], e estão longe de pôr em causa o princípio da indivisibilidade, evidenciando antes, justamente, que a lei ponderou a realização dos fins prosseguidos com aquele princípio com outros valores e interesses relevantes (nomeadamente a praticabilidade, a continuidade do abastecimento público e o respeito pelos direitos adquiridos). As situações de dependência jurídica no exercício de profissões liberais, conquanto sejam correntes, destoam, aliás, do sentido nuclear destas, enquanto profissões tipicamente exercidas por um profissional independente, com preparação e deontologia específicas, e submetido a uma "jurisdição" própria da sua profissão. Também a consideração dos efeitos, sobre a independência profissional do farmacêutico, da indivisibilidade ou dissociação entre propriedade e direcção técnica aponta, pois, para a conclusão de que na formulação do regime vigente entre nós - como, repete-se, na grande maioria dos países da Europa Ocidental - o legislador não incorreu numa avaliação errada da realidade".(Ac 187/01)

No Brasil, houve uma discussão por muito tempo acerca do exercício da profissão de jornalista, hoje como os avanços tecnológicos, muitas pessoas passaram a utilizar as redes sociais para fazer um espécie de jornalismo e isso foi muito discutido, pois muitas dessas pessoas a maioria, nunca cursaram a faculdade de jornalismo, esse caso chegou até a suprema corte que decidiu que era inconstitucional a exigência de diploma do curso de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista⁸³.

⁸³“Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, que é inconstitucional a exigência do diploma de jornalismo e registro profissional no Ministério do Trabalho como condição para o exercício da profissão de jornalista. O entendimento foi de que o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/1969, baixado durante o regime militar, não foi recepcionado pela Constituição Federal (CF) de 1988 e que as exigências nele contidas ferem a liberdade de imprensa e contrariam o direito à livre manifestação do pensamento inscrita no artigo 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica. A decisão foi tomada no julgamento do **Recurso Extraordinário (RE) 511961**, em que se discutiu a constitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo e a obrigatoriedade de registro profissional para exercer a profissão de jornalista. A maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, acompanhou o voto do presidente da Corte e relator do RE, ministro Gilmar Mendes, que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo do DL 972. Para Gilmar Mendes, “o jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separada”, disse. “O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”, afirmou o relator. O RE foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (Sertesp) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que afirmou a necessidade do diploma, contrariando uma decisão da 16ª Vara Cível Federal em São Paulo, numa ação civil pública. No RE, o Ministério Público e o Sertesp sustentam que o Decreto-Lei 972/69, que estabelece as regras para exercício da profissão – inclusive o diploma –, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Além disso, o artigo 4º, que estabelece a obrigatoriedade de registro dos profissionais da imprensa no Ministério do Trabalho, teria sido revogado pelo artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 1992. Tal artigo garante a liberdade de pensamento e de expressão como direito fundamental do homem. Essa posição foi reforçada, no julgamento de hoje, pela advogada do Sertesp, Taís Borja Gasparian, e pelo procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza. A advogada sustentou que o DL 972/69 foi baixado durante o regime militar e teve como objetivo limitar a livre difusão de informações e manifestação do pensamento. Segundo ela, o jornalista apenas exerce uma técnica de

assimilação e difusão de informações, que depende de formação cultural, retidão de caráter, ética e consideração com o público. Em apoio à mesma tese, o procurador-geral da República sustentou que a atual legislação contraria o artigo 5º, incisos IX e XIII, e o artigo 220 da Constituição Federal, que tratam da liberdade de manifestação do pensamento e da informação, bem como da liberdade de exercício da profissão. O advogado João Roberto Piza Fontes, que subiu à tribuna em nome da Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj), advertiu que “o diploma não impede ninguém de escrever em jornal”. Segundo ele, a legislação dá espaço para os colaboradores com conhecimentos específicos em determinada matéria e, também, para os provisionados, autorizados a exercer o jornalismo onde não houver jornalista profissional formado nem faculdade de Comunicação. Segundo ele, o RE é apenas uma defesa das grandes corporações e uma ameaça ao nível da informação, se o jornalismo vier a ser exercido por profissionais não qualificados, assim como um aviltamento da profissão, pois é uma ameaça à justa remuneração dos profissionais de nível superior que hoje estão na profissão. Também em favor do diploma se manifestou a advogada Grace Maria Mendonça, da Advocacia Geral da União (AGU). Ela questionou se alguém se entregaria na mão de um médico ou odontólogo, ou então de um piloto não formado. Segundo ela, não há nada no DL 972 que contrarie a Constituição Federal. Pelo contrário, ele estaria em plena consonância com a Carta. Ao acompanhar o voto do relator, a ministra Cármen Lúcia disse que a CF de 1988 não recepcionou o DL 972. “Não há recepção nem material nem formal”, sustentou ela. Além disso, a ministra considerou que o inciso V do artigo 4º do DL contraria o artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica. No mesmo sentido votou o ministro Ricardo Lewandowski. Segundo ele, “o jornalismo prescinde de diploma”. Só requer desses profissionais “uma sólida cultura, domínio do idioma, formação ética e fidelidade aos fatos”. Segundo ele, tanto o DL 972 quanto a já extinta – também por decisão do STF – Lei de Imprensa representavam “resquícios do regime de exceção, entulho do autoritarismo”, que tinham por objeto restringir informações dos profissionais que lhe faziam oposição. Ao também votar pelo fim da obrigatoriedade do diploma para o exercício da profissão de jornalista, o ministro Carlos Ayres Britto distinguiu entre “matérias nuclearmente de imprensa, como o direito à informação, criação, a liberdade de pensamento”, inscritos na CF, e direitos reflexamente de imprensa, que podem ser objeto de lei. Segundo ele, a exigência do diploma se enquadra na segunda categoria. “A exigência de diploma não salvaguarda a sociedade para justificar restrições desproporcionais ao exercício da liberdade jornalística”, afirmou. Ele ponderou, no entanto, que o jornalismo continuará a ser exercido por aqueles que têm pendor para a profissão, sem as atuais restrições. Ao votar contra elas, citou os nomes de Carlos Drummond de Andrade, Otto Lara Resende, Manuel Bandeira, Armando Nogueira e outros como destacados jornalistas que não possuíam diploma específico. Por seu turno, ao votar com o relator, o ministro Cezar Peluso observou que se para o exercício do jornalismo fossem necessárias qualificações como garantia contra danos e riscos à coletividade, uma aferição de conhecimentos suficientes de verdades científicas exigidas para a natureza do trabalho, ofício ou profissão, o diploma se justificaria. Entretanto, segundo ele, “não há, no jornalismo, nenhuma dessas verdades indispensáveis”, pois o curso

de Comunicação Social não é uma garantia contra o mau exercício da profissão. “Há riscos no jornalismo?”, questionou. “Sim, mas nenhum é atribuível ao desconhecimento de verdade científica que devesse governar a profissão”, respondeu, ele mesmo. Ele concluiu dizendo que, “há séculos, o jornalismo sempre pôde ser bem exercido, independentemente de diploma”. O ministro Eros Grau e a ministra Ellen Gracie acompanharam integralmente o voto do relator, ministro Gilmar Mendes. Último a proferir seu voto no julgamento, o decano da Corte, ministro Celso de Mello, acompanhou o relator do recurso. O ministro fez uma análise histórica das constituições brasileiras desde o Império até os dias atuais, nas quais sempre foi ressaltada a questão do livre exercício da atividade profissional e acesso ao trabalho. Ainda no contexto histórico, o ministro Celso de Mello salientou que não questionaria o que chamou de “origem espúria” do decreto-lei que passou a exigir o diploma ou o registro profissional para exercer a profissão de jornalista, uma vez que a norma foi editada durante o período da ditadura militar. Para o ministro, a regra geral é a liberdade de ofício. Ele citou projetos de lei em tramitação no Congresso que tratam da regulamentação de diversas profissões, como modelo de passarela, design de interiores, detetives, babás e escritores. “Todas as profissões são dignas e nobres”, porém há uma Constituição da República a ser observada, afirmou. Ao abrir divergência e votar favoravelmente à obrigatoriedade do diploma de jornalista, o ministro Marco Aurélio ressaltou que a regra está em vigor há 40 anos e que, nesse período, a sociedade se organizou para dar cumprimento à norma, com a criação de muitas faculdades de nível superior de jornalismo no país. “E agora chegamos à conclusão de que passaremos a ter jornalistas de gradações diversas. Jornalistas com diploma de curso superior e jornalistas que terão, de regra, o nível médio e quem sabe até o nível apenas fundamental”, ponderou. O ministro Marco Aurélio questionou se a regra da obrigatoriedade pode ser “rotulada como desproporcional, a ponto de se declarar incompatível” com regras constitucionais que preveem que nenhuma lei pode constituir embaraço à plena liberdade de expressão e que o exercício de qualquer profissão é livre. “A resposta para mim é negativa. Penso que o jornalista deve ter uma formação básica, que viabilize a atividade profissional, que repercuta na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar com técnica para entrevista, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva estampar no veículo de comunicação”, disse o ministro. “Não tenho como assentar que essa exigência, que agora será facultativa, frustando-se até mesmo inúmeras pessoas que acreditaram na ordem jurídica e se matricularam em faculdades, resulte em prejuízo à sociedade brasileira. Ao contrário, devo presumir o que normalmente ocorre e não o excepcional: que tendo o profissional um nível superior estará [ele] mais habilitado à prestação de serviços profícuos à sociedade brasileira”, concluiu o ministro Marco Aurélio.

Com isso, vemos que limitar determinadas profissões é limitar o direito a liberdade de profissão, o livre exercício, é o Estado buscando de forma sistemática limitar esse direito fundamental.

O ponto central desse trabalho é justamente esse, identificar até onde o Estado ele pode ir e intervir na liberdade de profissão das pessoas, prevendo, não apenas requisitos capacitários, mas requisitos de qualificação, ou aprovação em determinadas testes de aptidões, e também argumentado que algumas profissões são indignas, no próximo capítulo, vamos tratar de alguns exemplos acerca dessa temática.

Por fim, é importante concluir, que as restrições ao exercício de determinadas profissões quando envolve o interesse público devem sim ser consideradas pelo Estado, no entanto, restringir de forma demasiada qualquer tipo de profissão, levantando entraves, cobrando profissionalização e aperfeiçoamentos, é limitar o direito das pessoas de trabalhar, é limitar o direito liberdade, é limitar os direitos fundamentais.

3.4. Tipos de restrições à liberdade de trabalho e de profissão

Vimos que o direito à liberdade de trabalho e profissão assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, cabendo a imposição de restrições apenas por razões capacidades e aptidões pessoais ou de interesse colectivo quando houver a possibilidade de ocorrer algum dano à sociedade.

Esse é o ponto que separa os tipos de restrições lícitas das ilícitas, bem como as restrições legais e as contratuais, devendo em todo caso ficar atento que se não houver riscos à coletividade, não há que se falar em restrição, a exemplo como nos referimos acima do caso do jornalista, do músico, e do cabeleireiro, entre outras profissões.

É importante que possamos identificar cada tipo de restrição a começar pela restrição legal, essa decorre do princípio da legalidade, que visa a proteção do interesse público e coletivo como bem afirma a ministra da Suprema Corte Ellen Graice em voto do Recurso Extraordinário⁸⁴ Processo nº

⁸⁴ “Ordem dos Músicos do Brasil - Conselho Regional do Estado de Minas Gerais interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” e “b” do permissivo constitucional, contra acórdão da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado: “CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM DOS MÚSICOS – CONDIÇÃO IMPOSTA PARA PARTICIPAÇÃO DE PROFISSIONAIS EM EVENTOS MUSICAIS – PRÉVIA QUITAÇÃO DE ANUIDADE – INADMISSIBILIDADE – COBRANÇA COM ESPEQUE NA LEI Nº 6.830/80 – PROCEDIMENTO ADEQUADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – INSCRIÇÃO – DESNECESSIDADE” (fl. 166). Opostos embargos de declaração (fls. 184/174), foram rejeitados (fl. 186). Alega a recorrente violação dos artigos 5º, inciso XIII, e 97 da Constituição Federal. Sem contrarrazões (fl. 220), o recurso extraordinário foi admitido (fl. 222). Decido. A irrisignação não merece prosperar, uma vez que o Tribunal de origem decidiu em consonância com a orientação consolidada neste Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o Plenário desta Corte, no julgamento do RE nº 414.426/SC, ocorrido na sessão plenária de 1º/8/11, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, entendeu que a obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil e a exigência de comprovação de pagamento de anuidade para os profissionais da música que se apresentem profissionalmente ferem o livre exercício da profissão constitucionalmente assegurado. Na ocasião, consignou-se que a limitação ao exercício profissional deve ser imposta com vistas ao interesse público e não em razão dos interesses de grupos profissionais. Esse julgado ficou assim ementado: “DIREITO

414/426-SC “o exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados”

Sobre o tema como já havia mencionado acima o Tribunal Constitucional Português analisou no Ac 187/01 as restrições sofridas pelo trabalhador farmacêutico⁸⁵.

CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão” (RE nº 414.426/SC, DJe de 10/10/11). Conclui-se, portanto, que a profissão de músico não exige imposições legais para ser exercida, pois não reclama condições especiais de capacidade, adotadas quando a profissão interfere no direito alheio, mas, ao contrário, possui a livre expressão artística como sua essência. Por fim, restou estabelecido que os ministros da Corte estão autorizados a decidir, monocraticamente, matérias idênticas com base nesse precedente. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, **caput**, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário”.

⁸⁵ “Para já, observe-se apenas que foi, justamente, a propósito das restrições à liberdade de profissão, resultantes das limitações legais à abertura de farmácias, que foi desenvolvida (pelo Tribunal Constitucional alemão, na referida decisão de 1958, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., vol. 7, pp. 404 e segs.) a análise da respectiva proporcionalidade segundo o “nível” a que se situam. Quanto mais limitadora ou “intrusiva” é a restrição, tanto mais intensa tem de ser a sua justificação à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, num primeiro nível, menos intenso, a regulamentação apenas do exercício da profissão pode ser suficiente, mantendo a liberdade de acesso. Já quando é a própria liberdade de acesso ou de escolha de profissão que é limitada, haveria que distinguir entre exigências subjectivas de admissão (por exemplo, de um título profissional), correspondentes a um segundo “nível” de restrição, e a formulação de requisitos objectivos para acesso à profissão (é o caso, por exemplo, da carência de farmácias, de condicionantes económicas gerais, ou outras). Trata-se, neste último caso, de restrições mais intensas, porque não dependem da qualidade, actividade ou esforço do sujeito, mas sim de circunstâncias que o transcendem, a exigirem uma justificação também mais forte para serem consideradas (lato sensu) proporcionadas. A verificação da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* de

Quanto às restrições contratuais à liberdade de profissão são aqueles previstas em contratos celebrados entre o empregado e o empregado trazemos como exemplo, as empresas que impedem que seus funcionários exerçam trabalho em outras empresas exigindo exclusividade naquele contrato de trabalho, bem como, no caso da legislação brasileira, nos casos em que advogados públicos são impedidos de litigar em face da fazenda pública⁸⁶, entre outros exemplos.

tais requisitos objectivos de acesso à profissão careceria, pois, de especiais cuidados. E o princípio da proporcionalidade imporia que as restrições à liberdade de profissão fossem sempre colocadas no "nível" que representasse a menor limitação, podendo o legislador passar apenas ao "nível" seguinte quando se possa afirmar com probabilidade suficiente que os fins em questão não podem ser prosseguidos apenas com meios situados no anterior nível. À jurisdição constitucional competiria controlar se o legislador observou tais princípios. Ora - e independentemente de se considerar que tal análise pode ser acolhida no direito português, em concretização do controlo, à luz do princípio da proporcionalidade (a cujo alcance voltaremos infra), das restrições permitidas pelo artigo 47.º, n.º 1, à liberdade de profissão -, importa desde já notar que no presente processo não estão em causa as limitações ou requisitos objectivos para a abertura, propriedade e exploração de farmácias (para o exercício da profissão de farmacêutico independente). A questão da conformidade constitucional de tais condições objectivas - capitação por farmácia, área geográfica, iniciativa processual para a instalação, etc. (v. a Portaria 936-A/99, de 22 de Outubro) - situa-se, pois, fora do objecto do presente processo, no qual estão apenas em questão requisitos ou condições subjectivos, consistentes na exigência da qualidade de farmacêutico (ou, em certas hipóteses, sociedade comercial cujos sócios sejam farmacêuticos, ou ainda aluno de Farmácia) para o exercício de uma certa actividade. Antes, porém, de verificar especificamente a proporcionalidade das restrições em questão, importa referir outro parâmetro constitucional relevante, que, embora não seja ainda o directamente invocado pelo requerente, tem atinências próximas com o direito de propriedade.

⁸⁶Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos. (Lei 8.906/1994)

Nesses casos a restrição parte da hipossuficiência do empregado, que para garantir seu posto de trabalho fica condicionado a essas restrições contratuais impostas, não podendo exercer livremente o seu direito constitucional e fundamental, é certo que essas restrições podem encontrar-se previstas em lei, mas a restrição contratual que trazendo a exemplo é aquela em que a lei silencia acerca de determinada matéria e fica a cargo das partes definirem o contrato, às vezes até por representação sindical.

É certo que as empresas possam exigir dedicação exclusiva dos seus empregados no período em que eles efetivamente estejam trabalhando, dentro da jornada de trabalho prevista em lei, mas a questão que se coloca é se a dedicação exclusiva fora do horário da jornada de trabalho não minimiza o direito do trabalhador do seu livre exercício de profissão? Não seria inconstitucional essa cláusula contratual que impede o trabalhador de exercer fora do seu horário de trabalho um outro serviço para outro empregador? Sobre essa discussão, o judiciário entendeu que *“o regime de dedicação exclusiva não deriva do fato de o advogado empregado não poder prestar serviços a outros empregadores; a dedicação exclusiva decorre, em verdade, da jornada prevista no contrato de trabalho”*⁸⁷.

⁸⁷TST: “HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ADVOGADO BANCÁRIO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. CONFIGURAÇÃO. JORNADA CONTRATUAL DE 8 HORAS DIÁRIAS e CONTRATAÇÃO ANTERIOR À LEI 8.906/94. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 403 DA SBDI-1/TST. Esta c. Corte estabeleceu o entendimento de que o regime de dedicação exclusiva não deriva do fato de o advogado empregado não poder prestar serviços a outros empregadores; a dedicação exclusiva decorre, em verdade, da jornada prevista no contrato de trabalho. Assim, se o advogado empregado tiver sido admitido para cumprir jornada de 8 horas diárias ou 40 horas semanais, trabalhará em regime de dedicação exclusiva, enquadrando-se na exceção contida no art. 20 da Lei 8.906/94, pelo que não fará jus à jornada reduzida de 4 horas diárias e 20 semanais. Conforme delimitação regional, a reclamante ingressou no banco reclamado, em 1977, como escriturária, e, em 1984, assumiu o cargo de advogada. Destacou ainda o eg. TRT ser incontroverso que a jornada de trabalho diária praticada pela reclamante sempre foi de 8 horas. Nesses termos, verifica-se que de fato a reclamante estava submetida ao regime de dedicação exclusiva, com jornada de 8 horas diárias por dois motivos: 1) em razão da contratação para jornada de 8 horas diárias e 40 horas semanais antes do advento da Lei 8.906/94 (incidência da Orientação Jurisprudencial 403 da SBDI-1/TST); e 2) ante o próprio cumprimento da jornada contratual de 8 horas diárias, independentemente da possibilidade de

As restrições ao livre exercício profissional como dito anteriormente podem ser legais (previstas em lei) ou contratuais (previstas em contratos de trabalho).

São restrições ilegais aquelas que violem a proibição constitucional de discriminação partindo de preconceitos sociais, que podem ser de varias formas, a exemplo, a restrições de pessoas ao exercício de determinadas profissões por questão de uma deficiência físicos ou mental, restrições de gênero, de opção sexual , em razão da sua raça ou ate por crença religiosa e política.

O Supremo Tribunal Federal por meio do julgado de uma Ação Cautelar nº 2.940 MG, analisou um caso de uma restrição ao exercício de um trabalho em razão de uma deficiência, no presente caso o requerente havia sido impedido de assumir o cargo público de Agente Penitenciario por ser daltônico, o Tribunal julgou a restrição ilegal e discriminatória, pois a deficiência apresentada pelo requerente so o impedia de exercer alguns tipos de profissão como de pintor, entre outras com capacidade para distinguir cores, o que não era o caso⁸⁸.

prestação de serviços a outros empregadores. Assim, aplica-se à autora a jornada de 8 horas diárias e 40 horas semanais, não se cogitando do pagamento de horas extraordinárias excedentes à 4ª diária, nos termos do art. 20 da Lei 8.906/94. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (Recurso de Revista nº 1209-53.2011.5.08.0007 , Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 21/11/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 01/03/2013)

⁸⁸ “Trata-se de “ação cautelar inominada com pedido liminar”, ajuizada por Marilúcio Andrade Vieira, com o objetivo de conferir efeito suspensivo ativo ao RE 650.939. Para melhor compreensão da controvérsia, reproduzo o seguinte trecho da petição inicial O Requerente/Recorrente foi nomeado através de contrato provisório, ao cargo de agente penitenciário, e trabalhava na Unidade Penal Presídio Professor Jacy de Assis, desde 26/12/2002. Por ser contratado, o Requerente/Recorrente participou do concurso para Provimento de Cargos da Classe de Agente de Segurança Penitenciário, para conseguir a estabilidade, conforme edital de fls. 11/48 do processo principal anexo. O concurso é constituído de 6 fases, e na 3ª fase, expressa nos exames médicos, ficou constatado que o Requerente/Recorrente é portador de discromatopsia parcial, isto é, daltonismo, que segundo o Relatório Médico da Administração, enquadra no Item 6, Grupo XIV, Anexo III, como

No Brasil é grande a quantidade de exemplos em que essas pessoas, sobretudo, as mulheres não podem exercer alguns tipos de profissões em razão de um contexto histórico e retrogrado que ainda permanece em vigor.

No mundo corporativo, esse preconceito é muito latente, se formos analisar quem assume os grandes cargos de chefia, direção e gerência das grandes empresas, geralmente é homem, branco e Hétero.

Difícilmente vamos encontrar uma mulher ou um negro, ou uma pessoa com opção sexual diferente (Homossexual), e quando na exceção

'deficiência da visão cromática', o que ensejou a eliminação do Requerente/Recorrente do concurso, porém sem fundamentar a relação da deficiência com o exercício da função, conforme decisão de fl. 49 do processo principal anexo. Nada obstante ser considerada uma deficiência visual, ela não interfere no exercício da profissão, como declararam os médicos Genes Silvestre Custódio Júnior e Mário Antônio Rodrigues, às fls. 55/56 (processo principal anexo). A deficiência visual apresentada pelo Requerente/Recorrente, tanto não interfere no exercício da função de Agente Penitenciário, que o Coronel PM Diretor Geral do Presídio, onde o Requerente/Recorrente exerce suas funções de agente, emitiu declaração positiva do Requerente/Recorrente, fl. 10 (processo principal anexo). Mesmo a doença apresentada pelo Requerente/Recorrente não ter vínculo com o exercício da função, o Tribunal a quo entendeu que 'ao Poder judiciário é vedado emitir qualquer pronunciamento sobre o mérito do exame de saúde, levado a efeito por banca de concurso legalmente constituída, cabendo aferir tão-somente aspectos formais atinentes à realização de tal exame'. Em razão disso, foi interposto Recurso Extraordinário, no qual foi negado seguimento. Da decisão de negativa de seguimento, foi interposto agravo de instrumento, que foi dado provimento [...]. o contrário do que fundamentou o Tribunal a quo, entende o Requerente/Recorrente que de fato a Constituição permite à lei e à Administração a criação de requisitos de eliminação em concurso, como critério de ingresso, só que deverá criá-los de acordo com a exigência e natureza do cargo, conforme está expresso no § 3º do art. 39 da CF.[...] Na perícia ficou expresso que a deficiência apresentada pelo Requerente/Recorrente somente o impediria de exercer algumas funções, tais como ourives, pintor, entre outras vinculadas à capacidade de distinguir cores, o que não é o caso do agente penitenciário. Sendo assim, uma vez criado um requisito de eliminação para ingresso em concurso público, que não é exigido pela natureza do cargo, tal requisito é discriminatório e atenta contra a Constituição, devendo, pois, o Judiciário declará-lo inconstitucional.[...] Neste sentido, a eliminação do Requerente/Recorrente do concurso público por um motivo que o perito demonstrou não haver relação com o cargo viola expressamente o § 3º do art. 39 da Constituição Federal, o princípio da igualdade e o princípio da razoabilidade e proporcionalidade”

encontramos pessoas com essas características de gênero, de sexualidade e de raça diferentes a frente de uma grande empresa essas pessoas tendem a ganhar bem menos que um homem branco ganharia de salário.

Outro tipo de restrição preconceituosa que encontramos nos dias de hoje é com as pessoas mais velhas, inserir uma pessoa com mais de 40 anos no mercado de trabalho é uma difícil realidade.

No Brasil são vários os casos de abuso, de preconceito, a exemplo do caso de uma mulher portadora de nanismo, que não foi contratada em razão da sua deficiência, o judiciário brasileiro tentando evitar que isso seja disseminado, condenou a ré a pagar uma indenização a essa mulher⁸⁹.

89 “Trata-se a presente de ação ordinária na qual pretende a autora a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais. Em apertada síntese refere que foi discriminada e preterida a vaga de trabalho por ser anã, fato que lhe gerou consequências. A ré, por sua vez, refere ser um mal entendido e que não contratou a autora, pois a vaga em questão já havia sido preenchida e que nenhum momento proferiu qualquer ofensa a esta em virtude da sua baixa estatura. “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. O conjunto fático-probatório dos autos demonstra a existência de abalo moral suportado pelo demandante, haja vista a discriminação feita pelos professores da instituição de ensino demandada, referindo-se aquele como originário de um Estado (Nordeste) onde o povo seria vagabundo, afirmando que lá ninguém gosta de trabalhar. Assim, ocorrido o dano moral, eis que violados os direitos de personalidade da parte autora. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70031039787, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 31/03/2010.” Assim, evidenciada a situação apta a lesionar a esfera subjetiva da requerente, mantenho a sentença recorrida, não assistindo razão ao recorrente em sua inconformidade. Em relação ao quantum indenizatório, nada a reparar na sentença. É sabido que, na quantificação da indenização por dano moral, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial. Neste propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

A dúplici natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na percutiente lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil:

Além de casos como esse apontado, muitos outros exemplos de restrições a liberdade de trabalho de forma preconceituosa existem, sobretudo, quando se fala das pessoas transgêneros que possui uma dificuldade ainda maior de ser inseridas no mercado de trabalho.

Outro caso que foi bastante discutido no Brasil recentemente foi o fato das pessoas portadoras de tatuagem poderem ou não prestar concurso público e assumir o cargo, esse tipo de restrição foi tão absurda que foi necessário a suprema corte decidir acerca da questão, no caso em específico uma pessoa prestou concurso para os quadros da polícia civil do estado de São Paulo, e teria sido impedido de assumir o cargo em razão que possuía tatuagens em seu corpo, a referida demanda judicial ganhou repercussão geral, se aplicando a todos os casos semelhantes, e o Supremo Tribunal Federal decidiu com o brilhante voto do Ministro Luiz Fux que “Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”, foi a tese de repercussão geral fixada⁹⁰.

Ao concreto, demonstrada a abusividade do ato praticado pela ré, e levando em conta as condições econômicas e sociais da ofendida, doméstica, que litiga sob o amparo da AJG; e da agressora, comerciante; considerando, principalmente, a reprovabilidade da conduta desta, que agrediu fisicamente e dirigiu palavras ofensivas à autora; o caráter coercitivo e pedagógico da indenização; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; tratando-se de dano moral puro; não se olvidando, outrossim, que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado; é de ser mantido o montante indenizatório fixado na sentença em **R\$ 7.650,00 (sete mil seiscentos e cinquenta reais)**, que se revela suficiente e condizente com as peculiaridades do caso e aos parâmetros adotados por este Órgão Fracionário em situações análogas”.

⁹⁰O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, cumpre analisar, em sede de preliminar, a admissibilidade deste Recurso Extraordinário, para, em seguida, passarmos ao mérito da controvérsia. I. Preliminar Admissibilidade do Recurso Extraordinário Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste Recurso Extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. A controvérsia sub examine consiste em saber, à luz dos arts. 1º, III, 1º, 5º, I e II e 37, I e II, da Constituição da República, se o fato de um 1º Art. 1º A República Federativa

do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; 2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; 3 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998) I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os Cópia RE 898450 / SP cidadão ostentar tatuagens em seu corpo, visíveis ou não, é circunstância idônea e proporcional a impedi-lo de concorrer a um cargo ou emprego público, ainda que, eventualmente, o obstáculo esteja previsto em lei. Em parte, a repercussão geral da matéria decorre da reiterada jurisprudência desta Corte, no sentido da inconstitucionalidade de cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo público, sem que haja previsão legal expressa a fundamentar a exigência (Precedentes: RE 593.198 AgRg, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; RE 558.833 AgRg, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09- 2009; e RE 398567 AgRg, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24- 03- 2006). Para além disso, o tema sub judice reclama uma abordagem de maior envergadura, mormente diante da constatação de uma miríade de leis que criam restrições para o acesso a cargos, empregos e funções por parte de candidatos que possuem tatuagens fora de padrões supostamente aceitáveis pelo Estado. Assim, no momento em que a proibição a determinados tipos e tamanhos de tatuagens obsta o direito de um candidato de concorrer a uma função pública, ressoa imprescindível a intervenção do Supremo Tribunal Federal para apurar se o citado *discrímen* encontra amparo constitucional. Essa matéria, mercê de dotada de um nítido efeito multiplicador, é de inequívoca estatura constitucional. requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998) 2 Cópia RE 898450 / SP Sob o enfoque preliminar da admissibilidade recursal, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 838 do Plenário Virtual). Conheço, pois, do presente recurso extraordinário e passo ao exame de mérito. II. Mérito Como salientado, intenta-se, no presente Recurso Extraordinário, perquirir, de um lado, (i) se o edital de concurso para provimento de

cargo ou emprego público pode conter restrição dirigida aos candidatos não prevista em lei, e, de outro, (ii) se uma tatuagem, visível ou não, pode obstaculizar a participação em certame para o desempenho de uma função pública, ainda que esse impeditivo esteja contido em lei. No âmbito militar, é cediço que os padrões de apresentação dos integrantes das Forças Armadas e dos militares estaduais e do Distrito Federal são, deveras, rigorosos. Todavia, no momento em que uma exigência estatal específica interfere incisivamente na liberdade de expressão, bem como no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo a impedir um cidadão de trabalhar para o Estado, torna-se possível e, até recomendável, a intervenção judicial para verificar a compatibilidade da referida restrição com o texto constitucional. Como premissa inicial, torna-se necessário REAFIRMAR a jurisprudência desta Corte, no sentido de que qualquer restrição para o acesso a cargo público constante em editais de concurso depende da sua específica menção em lei formal. 3 Cópia RE 898450 / SP Nessa linha de entendimento, firmou-se a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, in verbis: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. LIMITAÇÃO IMPOSTA APENAS POR EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que a exigência de altura mínima para o cargo de policial militar é válida, desde que prevista em lei em sentido formal e material, bem como no edital que regulamente o concurso. 2. Na hipótese, apenas o edital do concurso estabelecia a exigência, de modo que tal limitação se mostra ilegítima. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 906295 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 15-12-2015); (Grifamos) Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Policial. Altura mínima. Edital. Previsão legal. Necessidade. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de somente ser legítima a cláusula de edital que prevê altura mínima para habilitação para concurso público quando mencionada exigência tiver lastro em lei, em sentido formal e material. 2. Agravo regimental não provido. (RE 593198 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013); (Grifamos) RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CONCURSO PÚBLICO – GUARDA MUNICIPAL – ALTURA MÍNIMA – EXIGÊNCIA PREVISTA 4 Cópia RE 898450 / SP APENAS NO EDITAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA RAZOABILIDADE – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 715061 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013) (Grifamos) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. Concurso público. Policial militar. Exigência de altura

mínima. Previsão legal. Inexistência. Edital de concurso. Restrição. Impossibilidade. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas. Precedentes. Agravo regimental não provido. (RE-AgR 400.754/RO, Rel. Ministro Eros Grau, 1ª Turma – unânime. DJU 04/11/2005). Essa orientação corrobora o que decidido por esta Corte quando do julgamento do MS 20.973, Relator o saudoso Ministro Paulo Brossard, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992, ocasião em que restou assentado que “a acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso I), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão-somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei”. 5 Cópia RE 898450 / SP Desse modo, em respeito ao artigo 37, I da Constituição da República, que, expressamente, impõe que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” (grifo próprio), revela-se inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecidos em editais, regulamentos, portarias, se não houver lei dispondo sobre a matéria. Portanto, de plano, voto pela REAFIRMAÇÃO da jurisprudência desta Corte, para, desde já, assentar a primeira tese objetiva à luz do caso sub examine: Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material. Sob outro enfoque, da mera previsão legal do requisito criado pelo Estado, não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. Assim, são inadmissíveis, porquanto inconstitucionais, restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame. Destarte, toda lei deve respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão de que os obstáculos para o acesso a cargos públicos devem estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas. O tema, ressalte-se, ganha relevo quando se observa que, de um modo geral, a Administração Pública brasileira determina nos editais de 6 Cópia RE 898450 / SP concursos públicos, especialmente naqueles específicos do âmbito militar, a possibilidade de os candidatos serem considerados inaptos, nos exames médicos, se possuírem tatuagens em seu corpo fora dos padrões estabelecidos pelo Estado. A melhor compreensão das razões que inspiram a utilização da pigmentação definitiva no corpo humano como fator eliminatório em um concurso público, reclama tecer alguns relevantes comentários acerca de seus antecedentes históricos e sociológicos. Arte corporal milenar, a tatuagem, introduzida por viajantes e marinheiros no século XVIII, foi associada, no século XIX, a setores “marginais” da sociedade, como prostitutas e prisioneiros, sendo conhecida, por estes últimos, como a “flor do presídio” (GROGNARD, Catherine. *Tatouages. Tags à l'âme*. Paris: Syros Alternatives, 1992). Sua associação à prática de ilícitos e a setores marginais da sociedade não é, assim, fenômeno recente. Deveras no século XX, a tatuagem teve seu significado expandido, porém

sem ser timbrada exclusivamente pelo estigma social de marginalidade. No final da década de 1960, era marca corporal comum entre roqueiros, hippies, punks e motociclistas (LE BRETON, David. *Signes d'identité. Tatouages, piercings et autres marques corporelles*. Paris: Métailié, 2002). Nesse contexto, e como é de conhecimento geral, o imaginário social a respeito do tema tatuagem foi, inevitavelmente, acompanhado, por mais de um século, da marca de marginalidade e da delinquência. Era, deveras, entrevista como o instrumento que determinados grupos sociais detinham para romper os padrões sociais e se declarar dissidentes das regras de convivência. No entanto, constata-se, com base em pesquisas como a do professor 7 Cópia RE 898450 / SP de Sociologia e Antropologia da Universidade de Strasbourg, na França, David Le Breton (*Antropología del cuerpo y modernidad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1995), que o sentido estigmatizador do uso da tatuagem começou a mudar a partir dos anos 1980. No Brasil, apenas a partir dos anos 1990 é que começaram a surgir os estúdios de tatuagem, caracterizadores da profissionalização dessa arte, com qualidade artística, que, aos poucos, foi conquistando aceitação social. A expansão da tatuagem se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, e, nesse diapasão, deixou de ser identificada como marca de marginalidade, mas como obra artística (PÉREZ, Andrea Lissett. *A identidade à flor da pele: etnografia da prática da tatuagem na contemporaneidade*). Vítor Sérgio Ferreira, pós-doutor da Fundação para a Ciência e a Tecnologia no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, em artigo intitulado “OS OFÍCIOS DE MARCAR O CORPO: a realização profissional de um projecto identitário”, narra o exemplo de Portugal, país em que: Hoje, as marcas corporais voluntárias saíram da economia marginal e informal onde estavam acantonadas, passando a integrar o mundo altamente competitivo da indústria de design corporal. Praticamente inexistentes há duas décadas atrás em Portugal, os estúdios de tatuagem e body piercing proliferaram na paisagem urbana do país a partir da década de 1990, instituindo uma oferta cada vez mais numerosa e profissionalizada, alimentada por uma procura maior e cada vez mais socialmente diversificada (Fortuna, 2002; Ferreira, 2004a). Se no início dos anos 90 apenas duas casas de tatuagem dividiam a clientela lisboeta (“Bad Bonnes Tatoo” e “El Diablo”), hoje são dezenas os estúdios de tatuagem e body piercing abertos em Portugal, já não apenas concentrados em Lisboa, mas também dispersos pelos seus arredores, bem como no restante território português. 8 Cópia RE 898450 / SP Michele Larissa Zini Lise, em substancial pesquisa conduzida em sua dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de PósGraduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC – RS (*Violência na pele: considerações médicas e legais na tatuagem*. 2007. Porto Alegre) traz dados de que, no Reino Unido, estima-se que haja algo superior a 4.000 tatuadores produzindo cerca de um milhão de tatuagens por ano, enquanto na Itália, verbi gratia, o número pode chegar a mais de um milhão de pessoas tatuadas. No mesmo seguimento, ressoa, deveras, oportuna a constatação oriunda de recente pesquisa ocorrida ao final de 2015 e realizada pelo The Harris Polls – empresa especializada em amostras de vários tópicos –, de que, atualmente, 3 em cada 10 norte-americanos possuem, pelo menos, 1 (uma) tatuagem em seu corpo, o que

demonstra, ao lado do expressivo grupo de tatuados nos países, um aumento de mais de 50% se relacionado à mesma pesquisa realizada 3 anos antes em 2012. Essas comprovações empíricas trazem a certeza de que, hodiernamente, as tatuagens, ou outras formas de marcas permanentes realizadas intencionalmente no corpo do indivíduo por sua livre escolha, passaram por intensa transformação quanto ao seu aceitação social, de forma que, características que estigmatizavam determinados setores da sociedade, tornaram-se sinais que retratam valores, ideias e sentimentos. Hodiernamente, consistem em autêntica forma de liberdade de expressão de um indivíduo que se expressa por meio de uma marca em seu corpo. De acordo com a Professora de Antropologia da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Débora Krischke Leitão (Mudança de significado da tatuagem contemporânea. Cadernos IHU Ideias, São Leopoldo, v.16, n. 2, mar. 2004. p. 4), quando nos referimos a uma mudança de significado da tatuagem na atualidade, “fala-se da perda de alguns de seus sinais mais transgressivos e de sua incorporação às possibilidades estéticas 9 Cópia RE 898450 / SP socialmente aceitas”. O atual viés, portanto, corrobora a completa ausência de qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. Como anteriormente dito, a opção pela tatuagem relaciona-se, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). Assim, ninguém pode, ressalvadas hipóteses muito excepcionais que mais adiante serão expostas, ser punido por tal fato, sob pena de flagrante ofensa aos mais diversos princípios constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, destaca-se a possível vulneração ao princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, caput⁴, da Constituição da República, que preconiza a isonomia dos cidadãos sob o crivo do nosso ordenamento jurídico. Tal mandamento, todavia, deve ser interpretado cum grano salis, mormente porque não se veda ao legislador o tratamento desigual que porventura possa ser empregado a determinada parcela do corpo social, mas desde que em situações específicas e absolutamente justificáveis. Não é demasiado afirmar que a vida em sociedade, por si, tem o condão de fazer exsurgir condições desiguais entre os indivíduos. Seja por meio de características naturais inerentes a cada ser humano, como as genéticas, que diferem e singularizam cada um de nós, seja em decorrência de fatores históricos, a realidade se apresenta com uma vasta diversidade social. O Constituinte, ao instituir a isonomia como um princípio de nosso Estado Democrático de Direito, teve como objetivo precípuo o implemento de medidas com o escopo de minorar estes fatores discriminatórios. 4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) 10 Cópia RE 898450 / SP O fundamento da isonomia tem como destinatário não só a sociedade, como, também, o próprio legislador, uma vez que é vedada a elaboração de norma que estabeleça privilégios ou restrições injustificadas a alguém. O reconhecimento de que este princípio não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação se faz impositivo. Dentro deste preceito, há espaço para tratamento diferenciado entre indivíduos diante da particularidade de situações,

Referido caso como dito antes ganhou bastante repercussão na mídia nacional, visto que as pessoas se questionavam o porque dessa restrição, uma vez que não impedia o individuo de exercer suas funções em razão de possuir uma tatuagem em seu corpo, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi bastante acertada, visto que garantiu aos cidadãos o direito a autonomia do próprio corpo.

Assim, vimos que as restrições a liberdade de profissão estão por todas as partes, desde das restrições legais, decorrente das leis, bem como, as restrições contratuais e as restrições ilegais aquelas tidas como preconceituosas que além de impedirem a efetividade do direito a liberdade de trabalho, ainda atinge a dignidade humana das pessoas.

desde que o critério distintivo seja pautado por uma justificativa lógica, objetiva e razoável. Sobre o tema, assim discorre Manoel Gonçalves (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 2001, p. 277): O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias. Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação. Consequentemente, o tratamento diferenciado só é justificável, quando destinado a alcançar determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade, hipótese em que a desigualação milita em prol da própria isonomia. É o caso, *exempli gratia*, da controvérsia jurídica acerca da constitucionalidade de restrições de idade ou de altura mínima de candidatos que concorrem a determinados cargos, empregos ou funções públicas – especialmente daqueles ligados a atividades de segurança pública e militar. A uníssona jurisprudência dessa Corte, recentemente reafirmada no Plenário Virtual, firmou-se no sentido de que, desde que previsto em lei, o estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público é constitucional quando manifestamente justificado pela natureza das atribuições do cargo. Concluindo, Senhor Presidente, DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário e proponho que o Tribunal afirme as seguintes teses objetivas em sede de repercussão geral: 1. Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material. 2. Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. É como voto.

4. Conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de trabalho e profissão.

4.1. Situações de conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de trabalho e profissão

Chegando a esse ponto do trabalho, analisamos de forma separada o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade de trabalho e profissão, vimos que cada um tem suas características próprias, conceitos e definições, que ambos integram o rol de direitos fundamentais, e que apesar de serem direitos extremamente importantes necessitam de ponderação, de análise ao caso concreto quando aplicado, por terem justamente essa característica de direitos fundamentais, sobretudo, o princípio dignidade da pessoa humana que se não bem analisado e fundamentado fica aberto demais a interpretações subjetivas.

Superado isso, a questão que se coloca nesse ponto do trabalho é qual seria o limite do princípio da dignidade da pessoa humana para impedir a efetividade à liberdade de trabalho e profissão? Até onde o Estado constitucional de direito pode usar o argumento da dignidade da pessoa humana para impedir que as pessoas exerçam livremente o trabalho que assim desejarem.

Como visto, o princípio da dignidade da pessoa humana tem esse caráter de super princípio, do princípio central que fez surgir e fundamentar todos os outros direitos fundamentais, no entanto, a questão que se coloca é qual a limite para esse grau de importância que atribuíram ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na minha perspectiva muitas vezes a lei silencia para alguns casos, o que leva o estado a fundamentar essas lacunas com o princípio da dignidade da pessoa humana em razão dele ser requisito mínimo do exercício de qualquer direito. O Professor Jorge Reis Novais ao tratar sobre o tema fala que “a partir do momento em que logrou consagração nos textos constitucionais, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor constitucional objectivo, passou

a desenvolver potencialmente efeitos jurídicos restritivos da liberdade individual em diferentes planos normativos⁹¹”

Com isso, a dignidade da pessoa humana passou a ser um preenchimento de lacunas na lei, onde em toda e qualquer decisão do Estado o referido princípio poderá ser invocado, servindo de fundamento para se julgar determinada conduta (caso concreto), tornando-se assim a dignidade da pessoa humana como uma restrição a efetividade de direitos fundamentais⁹².

Essa restrição parte do princípio que o Estado tem o dever de além proteger os direitos fundamentais, o dever de efetivá-los, e o exercício de desses direitos, como a liberdade (de trabalho, de expressão, religiosa), a autonomia de vontade dentre outros direitos fundamentais, na maioria das vezes podem ameaçar a efetividade e o cumprimento de outros direitos, como por exemplo usar a liberdade religiosa como fundamento para ameaça à integridade física ou a vida de alguém, ou até mesmo utilizar o direito a liberdade de expressão para caluniar ou denegrir a imagem de uma pessoa ferindo assim o seu direito a honra.

Muitos são os exemplos em que existem conflitos entre direitos fundamentais, que podem não somente ameaçar a dignidade da pessoa humana, mas outros direitos, com isso o Estado com intuito de coibir essas práticas muitas vezes individuais busca fundamento na dignidade da pessoa humana para restringir essas condutas em nome da coletividade.

O professor Jorge Reis Novais aduz que “nesse sentido, não se pode excluir, sem mais, a hipótese de uma utilização justificada da dignidade da pessoa humana contra direitos fundamentais, ou seja, uma utilização em que o conceito de dignidade vem invocado enquanto fundamento de restrição

⁹¹NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.. Pg 101.

⁹²“A dignidade da pessoa humana é igualmente invocada como fundamento directo e imediato de intervenções restritivas em direitos fundamentais, actuadas tanto pela administração como pelo poder judiciário” (NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.. Pg 102)

necessária e adequada de direitos ou de modalidades de exercício concreto de direitos fundamentais”⁹³.

Em uma análise feita dessa forma em que direitos fundamentais, sobretudo, a dignidade da pessoa humana podem ser feridos, parece ser interessante e correto que o Estado limite determinadas práticas, no entanto, existe alguns casos em que o conflito é extremamente subjetivo, uma vez que as partes conflitantes podem ter sua dignidade ferida quando o Estado limita sua ação, tentando proteger sua própria dignidade.

Como dito anteriormente, a idéia central do trabalho é tentar demonstrar qual esse limite.

Temos exemplos clássicos com o caso do Lançamento de anão (Lancer de Nain). “Uma empresa do ramo de entretenimento para juventude decidiu lançar nas discotecas em cidades da região metropolitana de Paris e do interior da França” uma competição para ver quem arremessa anões a uma maior distância. Aquele que conseguir arremessar o anão, que veste roupas de proteção, o mais distante possível em um tapete acolchoado, recebe o prêmio. Os anões se inscrevem voluntariamente recebendo em troca, uma importância em dinheiro”⁹⁴.

Na cidade Morsang-sur-Orge do interior da França, o poder estatal, fazendo uso do poder de polícia, interditou espetáculo sob o argumento que:

“fazendo valer sua condição legal, de guardião da ordem pública na órbita municipal. Do ponto vista legal, o ato de interdição teve por fundamento o Código dos Municípios. Por outro lado, a decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o art. 3º da Convenção

⁹³NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.. Pg 104.

⁹⁴BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 39, 31/03/2007 [Internet].Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718. Acesso em 27/11/2011.

Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁹⁵”, (que veda os tratamentos desumanos e degradantes).

O anão com a referida proibição de ser arremessado, em litisconsórcio com a casa que promovia o evento e que teria sido impedida de continuar a fazer os shows, recorrem da decisão, o Tribunal Administrativo de Versailles anulou o ato do Prefeito, sob a alegação que:

“ a proibição baixada era ilegal, pois violava a sua liberdade de iniciativa. Por conta de sua baixa estatura, argumentou o anão, estava difícil conseguir um emprego na cidade. Dessa forma, ser lançado de um lado para outro na boate era o único emprego que ele havia obtido. E agora o Estado estava lhe retirando o seu próprio sustento”⁹⁶

O caso ganhou tanta repercussão que chegou a ser submetido ao Conselho de Estado Francês⁹⁷, considerado o alto grau da jurisdição francesa, que anulou a decisão do Tribunal Administrativo, entendendo que a dignidade do anão estava acima da sua autonomia da vontade, ou seja, o arremesso de anão atentava contra a dignidade da pessoa humana.

“Na decisão de 27.10.1995, o Conselho de Estado francês pela primeira vez reconheceu a dignidade da pessoa humana como elemento integrante da “ordem pública” e, conseqüentemente, declarou ser a prática do lançamento de

⁹⁵BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 39, 31/03/2007 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718. Acesso em 27/11/2011.

⁹⁶SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direito das Pessoas e dos Bens. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2010.

⁹⁷Decisão de 27 octobre 1995 - Commune de Morsang-sur-Orge - Rec. Lebon p. 372, disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge>.

Ver também "Histoire d'un grand arrêt : Commune de Morsang-sur-Orge, une blague de juriste pas si drôle", de Vincent Schnebel, 24.03.2012, in <https://chevaliersdesgrandsarrets.com/2012/01/24/morsang-sur-orge/>.

anão uma atividade que atenta contra a dignidade da pessoa, não podendo, mesmo voluntariamente, ser exercida pela mesma”⁹⁸

Ao que me parece, vimos que esse exemplo coloca em questionamento e em conflito vários direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade de trabalho e profissão, a integridade física, e a livre iniciativa econômica, e o que o torna mais interessante é que ambos os “litigantes” o Estado e o Anão, sustentam por um lado que a realização do show fere a dignidade da pessoa humana pois é degradante e violador do princípio, uma vez que o anão é tratado como coisa, e por outro lado o Anão sustenta que: impedir a realização do espetáculo fere além do seu direito a liberdade de profissão, a sua autonomia de vontade, mas também a sua dignidade enquanto homem, pois aquele era seu único trabalho, que conseqüentemente gerava renda para o sustento da sua família⁹⁹.

⁹⁸SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direito das Pessoas e dos Bens. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, p201

⁹⁹“Diga-se que, numa primeira impressão, é difícil encontrar um exemplo mais intuitivamente ilustrativo da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana a luz da fórmula kantiana do objecto, já que a coisificação e degradação do anão parecem aqui evidentes: ele é cruamente tratado naquele espetáculo como se fosse uma coisa, um peso a ser lançado, e, para além disso, a perversidade dos participantes é ultrajante, na medida em que o divertimento advém, mesmo, da consciência e da intenção de tratar deliberadamente uma pessoa como se fosse coisa. Portanto, quando se procura um exemplo prático para ilustrar o sentido e a utilidade da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico, este caso surge como um clássico do nosso tempo: a rejeição moral, intuitiva, que um espetáculo desse tipo gera apela à intervenção do direito e, numa situação em que não existia previa proibição legal de género de espetáculos, nem era invocável um direito fundamental específico ou a violação de outro princípio jurídico directamente aplicável, o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana surge como via adequada e efectiva de resolução da questão jurídica. Seria, nesse sentido um exemplo de como se justificaria amplamente a restrição de direitos fundamentais (no caso, o direito ao trabalho, a liberdade de escolha de profissão e a liberdade de iniciativa económica privada) em nome da protecção da dignidade da pessoa humana, fosse a dignidade entendida como valor objectivo da ordem jurídica, fosse invocada como dignidade de um grupo (no caso, o grupo de anões) ou ainda, como dignidade do próprio anão envolvido, que independentemente de qual fosse sua decisão autónoma, deveria ser protegida contra si próprio” NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.. P 110.

Estaria o Estado certo na decisão de resguardar a dignidade do Anão, mesmo ele argumentando que o espetáculo não feria sua dignidade, e sim o restituía nele a dignidade perdida por falta de oportunidades de trabalho no qual se revela no direito Fundamental a liberdade de trabalho e profissão, e também pelo fato de ser deficiente e poder assim ser integrado ao mercado de trabalho.

O que verificamos no caso específico é que o Estado Francês quis resguardar a dignidade do Anão por achar que o facto dele ser deficiente, a sua exposição o levaria ao ridículo, mesmo contra a sua própria escolha, no entanto, se pararmos para pensar isso é o tipo de atitude que o Estado não pode exercer, uma vez que ele mesmo de forma protetiva cria uma espécie de divisão na sociedade em que o fato de o indivíduo ser deficiente necessitaria de mais proteção, quando existe casos semelhantes ao espetáculo do anão só que com pessoa consideradas “normais” em que o estado não fez qualquer intervenção.

.O Estado não deve assumir um ideal de dignidade, uma premissa maior, que vai sobrepor o consentimento próprio das pessoas, sobretudo, quando é uma pessoa capaz dos atos da vida civil, e entender que aquilo não fere a sua honra nem a sua dignidade.

Além desse exemplo, existe tantos outros em que o Estado intervém na vida das pessoas com fim de restringir e tirar as suas liberdades, sob o argumento de que aquilo lhe fere a dignidade.

Na alemão a corte constitucional chegou a discutir acerca dos Peep-Show, modalidade no qual mulheres sem roupas sem expõe em vitrines para serem vistas por possíveis clientes que procuram por sexo¹⁰⁰.

¹⁰⁰Ver de Conor O'Mahony, “There is no such thing as a right to dignity”, in Int J Const Law (2012) 10 (2): 551-574, disponível também in <https://academic.oup.com/icon/article/10/2/551/666082/There-is-no-such-thing-as-a-right-to-dignity>.

Questionado sobre a legalidade do caso “a Corte Constitucional alemã entendeu que o peep-show violaria a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Na argumentação, o TCF decidiu que “a simples exibição do corpo feminino não viola a dignidade humana; assim, pelo menos em relação à dignidade da pessoa humana, não existe qualquer objeção contra as performances de strip-tease de um modo geral”. Já os peep-show–argumentaram os juízes do Tribunal – são bastante diferentes das performances de strip-tease. No strip-tease, existe uma performance artística. Já em um peep-show a mulher é colocada em uma posição degradante. Ela é tratada como um objeto para estímulo do interesse sexual dos expectadores”¹⁰¹

Tal decisão nos leva a acreditar que inexistência consistência no conceito de dignidade da pessoa humana, uma vez que no caso acima vimos que se trata de uma mesma exposição, em ambos os casos existe a exibição de corpos, existe a exploração da atividade comercial, e existe o consentimento de quem se propõe a trabalhar com esse tipo de profissão, o fato é que vivemos ainda numa sociedade muito moralista em que moral se confunde com dignidade, uma vez que uma modelo que trabalha para uma grande empresa, que desfila seu corpo nu nas passarelas também se expõe da mesma forma, ganha dinheiro com isso, no entanto é vista com outros olhos, vista de forma glamurosa, que exercer uma profissão digna, enquanto quem exerce seu trabalho no Peep-show é impedida pois aquilo afronta sua dignidade.

Essa questão moral que o Estado assume decorre muito do cristianismo em que as pessoas deveriam se pautar em conceitos morais fortes pregados

“A humandignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence”

Stéphanie Hennette-Vauchez, Int J Const Law (2011) 9 (1): 32-57 (<https://academic.oup.com/icon/article/9/1/32/902316/A-human-dignitas-Remnants-of-the-ancient-legal>).

¹⁰¹MARMELSTEIN, George. Ainda a eficácia horizontal dos direitos fundamentais: respostas às perguntas. In: Arquivos para a Categoria ‘eficácia horizontal dos direitos fundamentais, 15/03/2008. [Internet]. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/category/eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais/page/2/>. Acesso em 27/11/2011.

pela a igreja, o Estado democrático de direito é um estado laico, que não deve levar em consideração essas questões morais, porque isso retira a liberdade das pessoas, sobretudo, nos casos aqui vistos a liberdade de escolha de trabalho e de profissão.

No Brasil, a prostituição não é considerada crime, no entanto, é uma profissão que não é reconhecida moral e legalmente, justamente pelo facto de ir contra as instituições morais e conservadoras do país, e isso faz com que as pessoas que exerçam essa profissão sejam tratadas como indignas, sem mencionar que a sua fomentação é considerada crime, veja bem, como viemos o estado ele deve restringir a liberdade de trabalho e de profissão quando aquela profissão for prejudicial a coletividade, que traga prejuízos a sociedade, no presente caso qual os danos que a prostituição poderá fazer a coletividade, poderá sim fazer um certo mal a quem exerce em decorrência dos perigos de doenças sexuais, no entanto, isso faz parte das escolhas daquele individuo.

O professor Jorge Reis Novais aduz que “assim, na imensidão de ocorrências comuns potencialmente configuráveis, no nosso tempo, como ofensas a dignidade, encontramos outros tantos exemplos de atitudes que deveriam permanecer exclusivamente dependentes de concepções do próprio e das suas decisões autônomas e relativamente às quais se pode sustentar deverem estar isentas de qualquer censura jurídica, independentemente da rejeição ou da adesão social, moral, ou religiosa que concitem, exactamente sob pena de tal intrusão externa ser atentatória do principio da dignidade da pessoas humana”¹⁰².

O Estado ele não deve intervir dessa forma na vida das pessoas, o estado deve ser responsável por garantir direitos, e não minimizar os efeitos desses direitos por questões morais, usando a dignidade da pessoa humana como via de escape.

¹⁰²NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.. Pg 106

4.2 Parâmetros de resolução do conflito entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de trabalho e profissão.

No decorrer do trabalho, tentamos demonstrar e entender quais são os limites da utilização por parte do Estado, do uso do princípio da dignidade da pessoa humana para limitar a liberdade de trabalho, bem como, quais seriam as formas de resolver esse conflito de direitos fundamentais.

Inicialmente, é importante destacar e ter uma noção da distinção feita pela doutrina acerca das regras e dos princípios, uma vez que o que está em conflito são dois direitos fundamentais e como podemos perceber é bastante usual utilizar as expressões “ princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da liberdade de trabalho e profissão” para se referir as normas previstas nas constituições de países democráticos de direito.

Em termos gerais, tanto os princípios quanto as regras são vistos como espécie da norma que tem como função determinar o que deve ser, no entanto, possuem natureza distintas¹⁰³.

Robert Alexy aduz que “tanto princípios quanto regras são normas, porque ambas dizem o que deve ser, ambas podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”, essa distinção é tão importante que Alexy aduz que “ a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”¹⁰⁴

¹⁰³“Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição” BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª Ed. 2006. p 85.

Para Alexy, como vimos, a norma é um princípio ou uma regra e ambas as espécies se diferenciam, em razão de que princípios “são mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” já as regras “ são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos”.¹⁰⁵

Assim, enquanto os princípios podem ser aplicados de várias formas, às vezes em maior, outras em menor escala, as regras obrigatoriamente serão cumpridas ou não, e esse é o ponto que lhes diferencia.

Na linha de pensamento de Alexy, vimos que as normas aqui analisadas são princípios, justificado pelo fato de que primeiramente consagram-se direitos fundamentais, em razão de ambos terem uma essência principiologica, que segundo Alexy “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Para Dworkin, nas lições de Humberto Ávila¹⁰⁶ “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida” e assim, no caso concreto “ havendo colisão entre as regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.”

Com isso verificamos que, no pensamento de Dworkin, os princípios, refutando as regras, possuem uma extensão de peso, que hipótese de colisão entre os princípios deve ser verificado, e na aplicação do caso concreto o

¹⁰⁵¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª Ed. 2006. p 90/91.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

princípio com maior peso sobrepõe ao outro princípio, sem que este perca sua validade.

Destarte, a distinção feita por Dworkin não consiste numa diferenciação no grau, e sim em relação a estrutura lógica, se baseando em critérios classificatórios, e não comparativo. Ávila, afirma que “a diferenciação por Dworkin proposta difere das outras porque tem base, mais fortemente, na forma de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas”¹⁰⁷

Com isso concluímos que a distinção de princípios e regras, realizada por Alexy e Dworkin se baseia no modo final de aplicação e no modo de solução de antinomias.

Já para o Professor Humberto Ávila aduz sobre o tema alegando que: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”¹⁰⁸

Ele faz duras críticas ao modo de distinção de regras e princípios feitas por Alexy e Dworkin, alegando que a diferenciação e o modo de aplicação realizado por ambos é inconsistente, alegando que “ em relação ao modo final de aplicação (se ponderação ou subsunção), a distinção forte é inconsistente

¹⁰⁷ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012

¹⁰⁸ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, P. 85/141.

porque toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. Até mesmo as regras o são, sendo inadequado falar em aplicação de regras de modo automático e sem necessidade de ponderação das razões que as informam. Quanto ao modo de solução de antinomias, nem sempre conflitos entre regras geram a invalidação de uma delas. Diante disso, pode-se dizer que o descumprimento de regras, porque elas têm pretensão de decidibilidade e prescrevem comportamentos determinados, é mais grave que descumprimento de princípios”¹⁰⁹.

Ele critica ainda a forma como a doutrina brasileira recebeu essas teorias de modo acrítico ele entende que “as teorias de Alexy e Dworkin, além de ignorar a evolução dessas teorias pelos próprios autores. Dworkin teria deixado de focar na distinção entre princípios e regras para realçar a existência de diferentes critérios interpretativos no Direito. Alexy aperfeiçoou sua definição de princípios de mandamentos de otimização para mandamentos a serem otimizados mudou a eficácia mesma dos princípios, para não dar-lhes mais eficácia estritamente *prima face*, mas, sim, para serem referidos como *dever ser ideal*”¹¹⁰.

Conforme ficou demonstrado, é imprescindível a importância da diferenciação entre princípios e regras, sobretudo, para se chegar a conclusão de como se resolver esse conflito, conforme visto, estamos tratando de fato de dois princípios constitucionais (A dignidade da pessoa humana e a Liberdade de Trabalho e Profissão) e que em seu aparente conflito, a melhor solução deve ser tomada com base nas teorias de Alexy e Dworkin por meio da ponderação, uma vez que dependendo do caso concreto e das circunstâncias o princípio antes postergado pode vir a prevalecer.

Os direitos fundamentais, como dito anteriormente, tem essa natureza principiológica e o Estado Democrático de Direito para fundamentá-los possui

¹⁰⁹ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, P. 85/141

¹¹⁰ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, P. 85/141

diferentes e inúmeras ideologias, o que consequentemente em uma dado momento essas ideologias entram em zona de conflito, uma vez que o direito de um, começa quando termina o direito de outrem.

São muitos os casos em que os direitos fundamentais na forma de princípios acabam se colidindo, uma vez que no caso em estudo por exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da liberdade de trabalho e profissão, tomam direcionamentos opostos, muitas vezes entrando nessa zona de colisão, como dito anteriormente, nenhum direito fundamental em forma de princípio, pode se sobrepor ao outro, uma vez que todos os casos envolvendo colisão de direitos fundamentais são de alta complexidade, devendo o caso concreto ser analisado com calma, com base na ponderação para se alcançar a solução do litígio, sobretudo, porque os direitos fundamentais não tem uma natureza absoluta¹¹¹, não devendo um prevalecer em face do outro, mesmo sendo o princípio condutor dos direitos fundamentais, como é o caso do Princípio da Dignidade da pessoa humana.

Para que isso ocorra é necessário que se traga para esse embate, para essa colisão de direitos fundamentais, um outro princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade¹¹², pois, como afirma Guerra filho “a essência e a

¹¹¹“apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.”SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, P.234

¹¹²“O conceito de proporcionalidade como termo técnico jurídico no Direito Alemão foi utilizado pela primeira vez em 1802, por Von Berg, cujas idéias só bem mais tarde, cerca de um século depois, foram impostas de forma efetiva no campo do Direito de Polícia, por obra do superior tribunal administrativo da Prússia. Cumpre ressaltar acerca da jurisprudência constitucional da Alemanha, onde muito cedo, sedimentou-se o entendimento de que a proporcionalidade consubstancia relevante meio de controle estatal, visando à observância e concretização dos direitos fundamentais do cidadão.” (ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal, 2006, P. 196.

destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais”¹¹³.

O princípio da proporcionalidade surgiu com a mudança do Estado de polícia para o Estado Democrático de Direito, com intuito de controlar o poder de polícia exercido pelo Estado antes ilimitado, garantindo uma maior liberdade do indivíduo em face do poder estatal, passando a ser instrumento de controle do poder em excesso do estado, ele aparece como fator indispensável para verificar a legitimidade dos atos e leis do poder do estado que vem cercear os direitos fundamentais¹¹⁴.

O princípio da proporcionalidade além de ter essa natureza de equilibrar direitos e adequar qual a melhor forma diante do caso concreto, ele possui um caráter restritivo ao legislador, O professor Gomes Canotilho afirma que “No contexto atual dos direitos fundamentais, o princípio da reserva de lei sofre uma considerável mutação. Na sua precípua formulação, visava tão-somente defender liberdade. Agora, dirige-se contra o próprio legislador que para limitar sua ação restritiva por meio de lei como para dimensionar sua liberdade conformadora-concretizadora”¹¹⁵.

Princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição ou vedação dos excessos, são todos sinônimos de um só, que se formam com base naquilo que chamamos de subprincípio¹¹⁶, a adequação, a necessidade e

¹¹³FILHO, Willis Santiago Guerra. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. IN Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, .

¹¹⁴“É uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça. Por essa razão, o princípio é chamado de limite dos limites” (SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p182

¹¹⁵CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional Ed, Coimbra.2010

¹¹⁶“Por adequação pode-se entender que devem ser utilizadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir, Deve ser respondido o seguinte questionamento: o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? Se não, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade, então a medida deve ser anulada pelo poder judiciário. O subprincípio da necessidade exige que o poder Judiciário

a proporcionalidade em sentido estrito, nos quais juntos atinge um parâmetro que deve ser exigido para alcançar o fim pretendido, que é a resolução dos conflitos dos direitos.

É importante ressaltar que o princípio da proporcionalidade nem sempre encontra-se previsto de forma expressa na constituição, como é o caso da Constituição do Brasil, no entanto, ele encontra-se legitimado através de outros princípios como o da legalidade¹¹⁷ e o da reserva legal e como afirma Toledo Barros que “ o Princípio da proporcionalidade é concretizado diretamente da essência dos direitos fundamentais e a ausência da cláusula sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em nossa constituição não obsta ao seu reconhecimento”¹¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou vários casos em que princípios e direitos fundamentais entravam numa zona de colisão, no qual foi necessário o uso da ponderação para se atingir a efetividade do provimento jurisdicional.

apure a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas a consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou a coletividade. Tem-se que a medida deve ser estritamente necessária, não podendo ser excessiva nem tampouco insuficiente. A proporcionalidade em sentido estrito é aquela ligada a ponderação. Pois a proporcionalidade exige uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará. Deve ser respondida a seguinte pergunta para verificar a presença da proporcionalidade em sentido estrito: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar? (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais, 2010. Porto Alegre.2000, p 89-93

¹¹⁷ O princípio da proporcionalidade é, pois oriundo do direito alemão e, decorre diretamente do princípio da legalidade[1], por ser mais harmonioso com o direito brasileiro. Surgiu a partir do advento do Estado de Direito, interligado ao princípio da constitucionalidade, conforme o qual são direitos fundamentais os arrolados na Constituição Federal e que regem todo ordenamento jurídico vigente. FILHO, Willis Santiago Guerra. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. IN Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p 11-29

¹¹⁸ BARROS, Suzana de Toledo, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 2 ed, Brasília, 2000, p36

Trazendo para ilustrar o exemplo que foi bastante comentado na mídia nacional e na doutrina brasileira por envolver a dignidade da pessoa humana em face da liberdade de expressão, o caso chegou a Corte Suprema por meio de um Habeas corpus nº HC 82.442/RS¹¹⁹ em razão da publicação de um livro

¹¹⁹Argumentos contra o HC: - Sobre o conceito de raça, o ministro Maurício Corrêa afirma: Com as descobertas desenvolvidas pelo projeto Genoma Humano (PHG)⁵¹, banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem entre si quanto dentro de suas próprias etnias. [...] Com efeito, a divisão dos seres humanos decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso, resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie [...]. Mais tarde, o ministro coloca que: as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivadas pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos de conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro. 53 - Para o ministro Celso de Mello, o caso não traz a ocorrência de uma situação de conflitos de direitos, pois quando se trata do livre objeto de expressão do pensamento tem que se buscar inibir os comportamentos abusivos diante da incolmidade dos direitos personalíssimos como a dignidade humana. Assim, no presente contexto, conclui o ministro que é inaceitável ofensa aos valores de igualdade e de tolerância, principalmente quando visam disseminar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais⁵⁴ - O ministro Carlos Velloso coloca que: “ A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da república e do Estado Democrático de Direito que adotamos- CF, art. 1º,III- ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada”⁵⁵ . No mesmo sentido aponta Celso de Mello: “ (...)os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.”⁵⁶ - Sobre a concorrência de direitos fundamentais, assegura o ministro Nelson Jobim: Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco. 57 Argumentos a favor do HC - O ministro Moreira Alves fundamenta o seu voto em uma interpretação restritiva do texto constitucional, limitando-se a pretensão do constituinte, que diante do elemento histórico, visando somente, à discriminação da raça negra, não fazendo nenhuma alusão à amarela, vermelha, nem a grupos humanos com características culturais próprias. - Acerca do conteúdo ideológico da obra, o ministro Carlos Britto, aponta que: “é uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. É obra de que professa ideologia. Ainda que

que tinha conteúdo Anti-semitas, no qual o autor criticava os Judeus, e não Brasil considera-se crime de racismo o Anti-semitismo, o autor alegou que o livro é a expressão do seu direito fundamental a liberdade de expressão, no julgamento o ministro Marco Aurélio vem demonstrar como a liberdade de expressão é essencial em um Estado Democrático, já que ela, “estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política” favorecendo a liberdade de expressão.

Conceituado e visto para qual serve a função do princípio da proporcionalidade é importante ter presente que para se atingir a sua efetividade é necessário ser utilizado uma técnica de ponderação de bens,

pouco verossímil”⁵⁸. Ou seja, para o ministro, um Estado Democrático deve assegurar a livre difusão de pensamentos e ideologias, do qual o revisionismo histórico, deve ser permitido. No mesmo sentido, disserta Marco Aurélio: “Não é a condenação do paciente por esta Corte- considerado o crime de racismo- a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir de diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.”⁵⁹ - O argumento central do voto do ministro Carlos Ayres Britto é que o delito da prática do racismo se materializou no lapso de vigência do dispositivo legal, ou seja, após a publicação da Lei Federal de nº8.081, de 21 setembro de 1990, art. nº20 adicionado à Lei Penal nº 7.716/89, que estabelece que: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou precedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”. Deste modo, não houve crime pois não havia lei que a proibisse, já que a publicação do livro “Holocausto. Judeu ou Alemão?- Nos bastidores da mentira do Século”, é datada em 1989.⁶⁰ - Marco Aurélio conclui em seu voto que a interpretação do inciso XLII do art.5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de criar um tipo constitucional penal aberto. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto (art.20 da Lei nº8.081/90). Sendo assim, houve prescrição do delito cometido pelo autor. (Lene. Renata. O entendimento do STF de Alguns casos de colisão de direitos fundamentais. São Paulo. 2004.

essa técnica é indispensável para se verificar se leis ou os atos do poder estatal são constitucionais e, portanto, proporcionais.

O Professor Jorge Reis Novais¹²⁰ aduz que “ na ponderação de bens a que se recorre no quadro da justificação de uma restrição a direito fundamental, trata-se de verificar se um direito fundamental deve ou não ceder perante a eventual maior importância ou peso relativo que apresenta, num caso concreto, um outro bem jurídico que com ele colida”.

O método de ponderação de bens e direitos foi utilizado a primeira vez no caso Luth¹²¹ no ano de 1958, onde o tribunal Constitucional Alemão,

¹²⁰NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais. 2 ed, Coimbra.2010.

¹²¹Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth] 1. Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho. 2. En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales. 3. El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVerGG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles sólo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derecho. 4. Por disposiciones de derecho civil también pueden entenderse las “leyes generales” en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión. 5. Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión. 6. El derecho fundamental del Art. 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión. 7. La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del §826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso. Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1958 En el proceso sobre el recurso de amparo promovido por Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo [...] el Tribunal Estatal de Hamburgo dictó el 22 de noviembre de 1951 la siguiente sentencia: “Se condena al demandado, so pena de prisión o multa (que deberá ser determinada judicialmente) a: 2 1. Abstenerse de solicitar –a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas–

que no incluyan dentro de su programación la película *Unsterbliche Geliebte*, 1 producida y distribuida en el territorio alemán por las demandantes. 2. Abstenerse de incitar al público alemán a no ver esa película. El Tribunal Estatal considera que la expresión del recurrente constituye una invitación al boicot contraria a las buenas costumbres. La sentencia del Tribunal Estatal constituye un acto del poder público, bajo la forma especial de un “acto del Poder Judicial”; su contenido puede resultar violatorio del derecho fundamental del recurrente únicamente si –al momento de dictar sentencia– debió haberse tenido en cuenta ese derecho fundamental. La sentencia prohíbe al recurrente realizar expresiones con las cuales pueda influir sobre otros para que se unan a su opinión sobre una reaparición de [el director] Harlan, y que orienten su conducta en contra de las películas producidas por él. Objetivamente, tal prohibición constituye para el quejoso una limitación a la libre expresión de su opinión. El Tribunal Estatal fundamentó su sentencia considerando que las expresiones emitidas por el recurrente constituyen un “acto ilícito” en contra de la demandante, en el sentido del § 826 BGB;² por tanto, reconoció a la actora, con base en la disposición del Código Civil, un derecho a exigir que el demandado se abstenga de expresar su opinión. De este modo, la pretensión de la demandante, en el campo del derecho civil, aceptada por el Tribunal Estatal, condujo a través de la sentencia del tribunal a una sentencia del poder público restrictiva de la libertad de opinión del recurrente. Ésta puede violar el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, sólo cuando el contenido de las disposiciones civiles aplicadas se encuentra influenciado por los derechos fundamentales, de modo tal que no requieren ser invocados en la sentencia. La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y cómo deben entenderse esos efectos en particular, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina (sobre el estado actual de las opiniones véase recientemente a Laufke, en *Escritos en Honor de Heinrich Lehmann*, 1956, t. I, pp. 145 y ss., y Dürig, en *Escritos en Honor de Nawiasky*, 1956, pp. 157 y ss.). Las posiciones más extremas en esa discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, algunos de ellos y en todo caso los más importantes–, son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona. La jurisprudencia del Tribunal

1 Del director de cine Veit Harlan, quien había rodado el film antisemita *Jud Süß*. 2 El § 826 BGB señala que: “Quien de manera intencional y obrando contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararle por los daños ocasionados”. 3 Constitucional Federal existente hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas; las consecuencias que el Tribunal Laboral Federal en su sentencia del 10 de mayo de 1957 –NJW 1957, p. 1688– extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 17 y 23 de enero de 1958 (BverfGE 6, 55 y 6, 84) a ese respecto, van muy lejos. El presente caso no ofrece razones para dirimir plenamente el discutido asunto del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. A fin de obtener un resultado adecuado, basta considerar lo siguiente: Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los

individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos – el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público. Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 ss.]), sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein / v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, t. III, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura. Éste influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho. Así como el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse –en cuanto a su contenido– a ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación. Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las normas de conducta del derecho civil, que han sido influenciadas por los derechos 4 fundamentales, sigue siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil. Se interpretará y aplicará el derecho civil, aun cuando su interpretación deba apegarse al derecho público, es decir, a la Constitución. La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorios también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el derecho público y lo complementan. Éstas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta –en especial– con las “cláusulas generales” que, como el § 826 BGB, remiten para la

valoración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil e incluso extralegales, tales como el de las “buenas costumbres”. Así, para determinar el contenido y alcances de las exigencias sociales en un caso particular, se debe partir, en primer lugar de la totalidad de las concepciones axiológicas que el pueblo –en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual– ha alcanzado y fijado en su Constitución. Por consiguiente, se ha designado con razón a las cláusulas generales como el “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil (Dürig en Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, t. II, p. 525). El juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas, han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita; si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Éste es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales (Art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no sólo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, violaría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase –sin perjuicio de la impugnación del error en las instancias civiles– se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo [...] El derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (un desdroits les plus précieux de l’homme, de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Hace parte del orden estatal democrático y libre, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su elemento vital (BVerfGE 5,85 [205]). Enciertosentido, es el fundamento de total libertad, the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo). De ese significado fundamental de la libertad de opinión para el Estado democrático liberal se origina el que no sería consecuente, como punto de partida de ese sistema constitucional, que toda relativización del alcance material de ese derecho fundamental se dejara a la ley ordinaria (y con esto necesariamente a los tribunales que interpretan la ley mediante la jurisprudencia). En principio se aplica también aquí, lo que ya se dijo en general, sobre la relación de los derechos fundamentales y el ordenamiento del derecho privado: las leyes generales, que tienen un efecto restrictivo sobre un derecho fundamental, deben ser vistas a la luz del significado de ese derecho fundamental, e interpretarse de modo tal que el especial contenido de valor de ese derecho, deba llevar en una democracia liberal a que se garantice, en todo caso, una presunción básica a favor de la libertad de expresión en todos los ámbitos, pero principalmente en la vida pública. La relación contrapuesta entre derecho fundamental y “ley general” no debe ser vista tampoco como una restricción unilateral de la vigencia del derecho fundamental a través de la “ley general”; se da más una interacción, en el sentido que la “ley general” ciertamente determina el tenor de

decidiu acerca da constitucionalidade de restrição a direitos fundamentais, no

acuerdo con los límites del derecho fundamental, pero interpretado a su vez, con base en el reconocimiento del significado, como determinante de valores, que se le otorga a ese derecho fundamental en un Estado liberal democrático, y así, en su efecto limitante del derecho fundamental, debe una vez más limitarse ella misma [...]. El concepto de “ley general” ha sido discutido desde el comienzo. Se debe determinar si el concepto quedó en el Art. 118 de la Constitución de Weimar de 1919, sólo debido a un error de redacción (véase al respecto Häntzschel, en *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, 1932, t. II , p. 658). En todo caso, fue durante la vigencia de esa Constitución que se dio la interpretación de que por “todas las leyes”, se debía entender aquellas que “no prohíben una opinión como tal, las que se dirigen en contra de la expresión de una opinión como tal, las que además, sirven directamente para la protección de un bien jurídico, que se debe proteger sin necesidad de tener en cuenta determinada opinión”, o para la protección de un valor de la comunidad, frente al cual tiene prevalencia el ejercicio de la libertad de opinión. Si el concepto de “ley general” se entiende de este modo, se torna entonces, en resumen, en el sentido de la protección del derecho fundamental: La idea de que la expresión de una opinión se tenga que proteger sólo como derecho fundamental, pero no por el efecto que causa sobre otros, y que persigue o conlleva, se debe rechazar. El significado de la expresión de una opinión debe partir de su “efecto espiritual sobre el entorno” (Häntzschel, *ibid.*, p. 655). Por consiguiente, los juicios de valor, que tienen por objeto causar un efecto espiritual, y que principalmente, buscan convencer a otros, se encuentran protegidos por el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental; la protección del 6 derecho fundamental se relaciona en primer lugar, con las opiniones propias de quien las expresa, que se expresan en un juicio de valor, mediante el cual se busca causar un efecto sobre otros. Una separación entre expresiones (protegidas) y efectos de la expresión (no protegidos) no tendría sentido. La expresión de una opinión, así entendida, esto es, en su puro efecto espiritual, es como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, una “ponderación de los bienes jurídicos”. El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión. La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso [...]. El Tribunal Constitucional Federal, con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresión, también allí donde ésta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal Estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, se revoca.

qual estava em análise o direito fundamental da liberdade de expressão, no caso Luth, onde foi realizado um boicote ao filme “Die Unsterbliche Geliebe” produzido por Harlan, no qual em suas razões para combater o boicote alegou o seu direito de liberdade de expressão.

No presente caso o Tribunal Constitucional alemão teria que decidir se o código civil teria força para limitar um direito fundamental como a liberdade de expressão, que por sua vez, decidiu que a liberdade de expressão deveria prevalecer por não afetar os interesses de terceiros dignos de proteção¹²².

Diante desse caso, a técnica de ponderação começou a ser disseminada pela Alemanha, bem como, recepcionada por todos aqueles países democráticos de direito, o Tribunal Constitucional Português cita em um dos seus julgados no AC 607/03, acerca do caso BGH de 09 de Julho de 1987 que trata acerca da colisão de direitos fundamentais, no qual é utilizado a técnica de ponderação para a solução do litígio¹²³, assim também como enfrenta por

¹²²Sobre o tema ler: NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais. 2 ed, Coimbra.2010, p 466 e seguintes.

¹²³ “A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão assenta numa argumentação que não se sobrepõe à constante da jurisprudência *supra* citada do BGH, porquanto não se abandonando a jurisprudência anterior que reconhece uma “esfera de intimidade absolutamente protegida” em relação com a dignidade da pessoa humana, considerou-se, numa decisão com quatro votos a favor e quatro contra, que as concretas descrições tipo diário, pelo seu conteúdo, não diziam respeito a essa esfera inviolável. Como referem BAUMANN/BRENNER (*in Die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote*, Stuttgart-München-Hannover, 1991, p. 160-161), o *Bundesverfassungsgericht* foi unânime quanto ao “princípio geral chamado para a solução do caso concreto [:] fundamentalmente, o direito geral de personalidade é limitável através da consideração de interesses importantes da comunidade. Uma excepção existiria apenas no que diz respeito ao conteúdo [último] de dignidade da pessoa e dos direitos de personalidade (*Menschenwürdegehalt des aPersönlichkeitsrechts*) (...) para um âmbito intocável de conformação da vida privada (*unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung*)” Nessa medida, o Tribunal Constitucional Federal alemão, reconhecendo embora a tutela jusfundamental de um direito geral de personalidade que garante ao indivíduo a conformação da sua vida privada (cf. *BVerfGE*, decisão de 14.09.89, *in NJW*, 1990, p. 563), não deixou de afirmar a relevância da imposição de limites que “podem decorrer, em especial, de um interesse geral prevalecente da comunidade, porquanto, se o indivíduo, como cidadão, vive inserido numa comunidade e

meio do Ac 649/99 mais um embate onde princípios se colidem, dessa vez o Tribunal Constitucional de Portugal, verifica se em caso de insolvência pode-se penhorar estabelecimento comercial, onde o requerido utiliza para ganhar seus rendimentos mensais e a questão que se coloca, é se a penhora fere a sua dignidade, haja vista que o fechamento do estabelecimento vai lhe retirar a exploração do seu negocio seu único meio de vida¹²⁴.

Com a ponderação, e na análise do caso concreto, havendo um embate de direitos fundamentais, onde princípios se colidem, cabe a decisão do ente estatal seja ela normativa, legislativa ou judicial, analisar o imperativo da otimização e da harmonização dos direitos, devendo atender ainda aos postulados constitucionais, para se chegar a um denominador comum, sem restringir de forma imperativa e absoluta um direito fundamental o Professor Alexandre de Morais¹²⁵ aduz que: “Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da

entra, através da sua conduta, em relação comunicativa com os outros, pode, com isso, tocar a esfera pessoal dos seus concidadãos e os interesses da comunidade (*die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt*) - cf. BVerfGE, decisão de 14.09.89, in NJW, 1990, p. 563. Em todo o caso, segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, existe “um domínio último intocável de conformação da vida privada que é, sem mais, retirado ao poder público. Mesmo os interesses mais importantes da comunidade não podem justificar actuações nesse campo; **uma ponderação segundo o princípio da proporcionalidade (*Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*) não tem aqui lugar. Isto decorre, por um lado, da garantia (...) dos direitos fundamentais e, por outro lado, deduz-se [da ideia de que] o cerne da personalidade é protegido através da dignidade intocável da pessoa humana**” (AC 607/03 Tribunal Constitucional Português).

¹²⁴ “O que este Tribunal tem de equacionar é se a penhora incidente sobre um imóvel onde um estabelecimento comercial se situa - e cuja exploração constitui o único modo de vida do executado - contende com a possibilidade de percepção de um rendimento que represente um mínimo de sobrevivência digna, possibilidade essa que, mesmo que para quem entenda que se não funda desde logo no direito ao trabalho, na vertente do exercício de uma actividade profissional, como pressuposto do direito à sobrevivência ou de realização da pessoa humana, há-de resultar seguramente do princípio da dignidade desta.” (Ac 649/99)

¹²⁵ MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2011

concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”

Um dos grandes problemas, bem como, o que sustenta a maior parte das críticas da doutrina, no que tange a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio da técnica de ponderação é o seu caráter subjetivo, uma vez que o julgador por meio de seu entendimento e das suas convicções pessoais acabam fazendo um julgamento muitas vezes tendencioso, por isso é que bastante importante existir alguns limites para o uso da ponderação não ser demasiado¹²⁶.

No caso em estudo, sobre como vimos acima, trata-se de uma análise acerca dos conflitos existentes entre dois princípios e direitos fundamentais, o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Liberdade de Trabalho e Profissão, conforme vimos anteriormente nos exemplos citados e discutidos.

Restou claro que existe um limite para ambos os direitos, no qual o Estado por meio de seus entes deverá analisar caso a caso para que se evite uma restrição generalizada de direitos, sobretudo, o direito à liberdade de trabalho e profissão, uma vez que, o princípio da dignidade da pessoa humana é um trunfo muito forte em face aos outros direitos constitucionais, mas cabe ao julgador analisar o caso concreto e verificar se de fato aquela restrição justificada pela violação ao direito a dignidade da pessoa humana realmente fere a dignidade de alguém que busca tão somente trabalhar para se manter economicamente e viver socialmente em sociedade.

¹²⁶ “A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa. Por essa razão é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto. (Lopes. Lorena. Colisão de Direitos Fundamentais. 2008.

Os bens que encontram-se em colisão na análise do trabalho são bem sensíveis, porque a restrição demasiada de um (a liberdade de trabalho e profissão) pode retirar do indivíduo além do direito a liberdade e de autonomia privada, lhe retirar dentro do seu subjetivismo a sua própria dignidade, como o caso do arremesso do anão acima citado, uma vez que nesse caso especificamente o Anão se viu desempregado, sem poder ter meios necessários e financeiros para sua sobrevivência, o que afeta um dos pilares da dignidade da pessoa humana.

O Estado, ele deve sim, ser garantidor dos direitos fundamentais, no entanto, deve fazer isso de forma que se respeite todos os direitos, mas deve também e sobretudo, garantir a liberdade das pessoas para que elas possam exercer e escolherem o que bem entender para suas vidas, de forma legal e constitucional.

5. Conclusão.

No presente trabalho buscou-se entender e demonstrar a importância dos direitos fundamentais, sobretudo, quando esses direitos entram em uma zona de colisão, no estudo buscamos trazer o conflito existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana em face ao princípio da liberdade de trabalho e profissão.

Observamos, o valor que o princípio da dignidade da pessoa humana possui, bem como, a importância dele para a sustentação dos direitos fundamentais, e ainda vimos, como esse direito surgiu, as diferenças e os tipos de dignidade, e os seus principais conceitos dentro da doutrina.

Em outro ponto, analisamos o princípio da liberdade de trabalho e profissão, seus conceitos, suas previsões legais, as formas de restrições, desde as restrições legais e as contratuais bem como, as situações de restrições ilegais.

Verificamos ainda como a doutrina e a jurisprudência vem decidindo a respeito da efetividade do direito a liberdade de trabalho e profissão, analisando casos concretos em que o Estado alegando o princípio da dignidade da pessoa humana, impediu de várias formas a liberdade de trabalho, como o caso do anão, os peep show, entre outros exemplos analisados.

Posteriormente, visto ambos os lados dos princípios em conflitos, fomos buscar a solução por meio princípio da proporcionalidade, no qual trouxemos vários conceitos da doutrina acerca do tema e a forma de como usar a técnica de ponderação para resolver o referido conflito, trazendo alguns casos práticos julgados pelos Tribunais Constitucionais para elucidar o trabalho.

Identificamos o modelo utilizado por Alexy e Dworkin e as críticas feitas por Humberto Ávila *“As teorias de Alexy e Dworkin, além de ignorar a evolução dessas teorias pelos próprios autores. Dworkin teria deixado de focar na distinção entre princípios e regras para realçar a existência de diferentes*

critérios interpretativos no Direito. Alexy aperfeiçoou sua definição de princípios de mandamentos de otimização para mandamentos a serem otimizados e mudou a eficácia mesma dos princípios, para não dar-lhes mais eficácia estritamente prima face, mas, sim, para serem referidos como dever ser ideal”

Por fim, finalizamos o trabalho fazendo uma critica a forma como o Estado intervém na vida das pessoas furtando-lhes a sua liberdade sob o argumento que aquilo lhe fere a sua dignidade, quando na verdade, esse é um valor muito subjetivo no qual para cada individuo compreende de uma forma diferente, razão pela qual, sempre deve haver um juízo de ponderação na analise do caso concreto com intuito de solucionar os conflitos existentes.

6. BIBLIOGRAFIA

NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade humana no direito contitucional comtemporaneo. Belo Horizonte. Forum, 2012.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol I, Coimbra, Almedina, 2007, P. 552/559.

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. V I, Coimbra, Almedina.2008.

Reale.Miguel. Filosofia do Direito. 17º Ed. SP. Saraiva. P 277. 2006.

Ruth Macklin. Dignity is a useless concept. British Medical Journal. N 327, 2003,

Liberati. Wilson Donizeti. A Dignidade da pessoa humana no estado constitucional.2010.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV, Coimbra, 2010.

DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012

BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais na constituição Portuguesa de 1976, 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 2001

CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional . Coimbra. Almedina. 2010

MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 9ª ED, Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Ed Lumen Juris. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed. Porto Alegre. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES DE EMPREGO.

RAMALHO, Maria do Rosario Palma, Tratado de Direito do Trabalho, Situações Laborais individuais 2º v, 5ª edição, Almedina, Lisboa, 2014,

MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 11ª, Ed, Coimbra, 1999.

GOMES. Canotilho/Vital Moreira, constituição Portuguesa Anotada, 4ª Ed, Coimbra, 2007.

Abrantes, José João Nunes. O direito do Trabalho e a constituição. P 15. 2008.

MIRANDA, JORGE. Constituição da Republica Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra. 2010.

SAMPAIO, Dória. Comentários à Constituição, v. 4

NOVAIS. Jorge Reis. A dignidade da Pessoa Humana vol I..

BERTI, Silma Mendes. Direitos da personalidade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 39, 31/03/2007 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718. Acesso em 27/11/2011.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direito das Pessoas e dos Bens. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2010.

MARMELSTEIN, George. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: respostas às perguntas. In: Arquivos para a Categoria 'eficácia horizontal dos direitos fundamentais, 15/03/2008. [Internet]. Disponível em <http://direitosfundamentais.net/category/eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais/page/2/>.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª Ed. 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal, 2006.

FILHO, Willis Santiago Guerra. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. IN Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional Ed, Coimbra.2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais, 2010. Porto Alegre.2000.

BARROS, Suzana de Toledo, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 2 ed, Brasília, 2000.

Lene. Renata. O entendimento do STF de Alguns casos de colisão de direitos fundamentais.São Paulo. 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais. 2 ed, Coimbra.2010

MORAIS, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2011

Lopes. Lorena.Colisão de Direitos Fundamentais. 2008.

Liberati. Wilson Donizeti. A Dignidade da pessoa humana no estado Constitucional.2010.

La dignidade humana y sus consecuencias en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?", in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, septiembre-diciembre (2014), pág. 178 ("considera el Tribunal [Const.

Espanhol] que algunos presentan una conexión más directa e inmediata que otros

Andrade. J. C. Vieira. Os Direitos Fundamentais na constituição Portuguesa de 1976, 2ª Ed. Coimbra. Almedina, 2001.

Abrantes, José João Nunes. O direito do Trabalho e a Constituição. 2008.

SAMPAIO, Dória. Comentários à Constituição, v. 4

Amorim. João Pacheco. Direito Administrativo da Economia. Vol 1. Ed Almedina. 2014.

Commune de Morsang-sur-Orge - Rec. Lebon p. 372, disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge>

Conor O'Mahony, "There is no such thing as a right to dignity", in Int J Const Law (2012) 10 (2): 551-574, disponível também in <https://academic.oup.com/icon/article/10/2/551/666082/There-is-no-such-thing-as-a-right-to-dignity>.

A human *dignitas*? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence" Stéphanie Hennette-Vauchez, Int J Const Law (2011) 9 (1): 32-57 (<https://academic.oup.com/icon/article/9/1/32/902316/A-human-dignitas> Remnants-of-the-ancient-legal).

